

Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral

*Suzéte da Silva Reis**
*André Viana Custódio***

Resumo

A adoção teoria da proteção integral, uma opção política e jurídica que resultou na concretização de um direito embasado na concepção de democracia, promoveu o reordenamento jurídico, político e institucional com o estabelecimento de novas competências aos responsáveis pela consecução dos direitos de crianças e adolescentes. Com isso, passou-se de uma concepção menorista, assentada na doutrina da situação irregular, para uma concepção de criança e adolescente enquanto sujeitos de direitos que tem como base a teoria da proteção integral, em decorrência dos movimentos políticos e jurídicos de inspiração internacional. Com o presente estudo, pretende-se compreender os fundamentos históricos e principiológicos do Direito da Criança e do Adolescente a partir das bases conceituais da teoria da proteção integral consolidada no direito brasileiro. Busca-se analisar os elementos fundantes da teoria da proteção integral que podem explicar os fundamentos conceitual e sistemáticos do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo, com base no método de abordagem dedutivo, procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Direitos Humanos.

Recebido em: 10/08/2017 | Aprovado em: 21/09/2017

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7840>

* Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito do Trabalho do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: sreis@unisc.br

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha/Espanha, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: andreviana.sc@gmail.com

Introdução

A complexidade das transformações contemporâneas que afetam a condição de humanidade de crianças e adolescentes no Brasil implica na adoção de um referencial teórico que contemple todos os aspectos relativos aos direitos da infância. A teoria da proteção integral oferece uma base epistemológica que atende a essa complexidade, pois possui um substrato teórico aprofundado sobre os direitos da criança e do adolescente que permite a construção de referenciais para a elaboração dos instrumentos que busquem assegurar estratégias de controle de efetividade dos direitos fundamentais.

Tanto no campo normativo quanto doutrinário, a proteção integral oferece uma base teórica sólida. A construção dessa base teórica é resultado de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos e do reconhecimento da própria condição peculiar infância. Da mesma forma, oferece os subsídios para a construção do Direito da Criança e do Adolescente, partindo da concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, portanto, titulares dos direitos fundamentais, que resultaram de um longo processo de construção histórica.

A Constituição Federal de 1988¹, em consonância com disposições internacionais, consagrou a proteção integral, inserindo-a no âmbito jurídico interno e promovendo uma alteração significativa no atendimento dos interesses e necessidades de crianças e adolescentes. O principal avanço foi a ruptura com as concepções menoristas que sustentavam o direito brasileiro. A consagração dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro provocou uma nova formatação na estrutura do Direito da Criança e do Adolescente, que passou a fundar-se na proteção dos direitos fundamentais, estendidos a todo e qualquer cidadão, incluindo-se as crianças e adolescentes.

Com o presente estudo, pretende-se compreender os fundamentos históricos e principiológicos do Direito da Criança e do Adolescente a partir das bases conceituais da teoria da proteção integral consolidada no direito brasileiro. A pesquisa busca analisar quais os elementos fundantes da teoria da proteção integral que podem explicar a base conceitual e sistemática do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo. Para o desenvolvimento da pre-

¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

sente pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, com método de procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A proteção integral enquanto matriz teórica que dá sustentação ao Direito da Criança e do Adolescente e dos elementos teóricos que orientam a compreensão dos valores, princípios e regras desse ramo do direito configurou-se no marco para a construção do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, ensejando o atendimento prioritário de todas as crianças e adolescentes que se funda no compartilhamento de responsabilidades entre família, sociedade e Estado, sendo operacionalizado por um sistema próprio de garantias de direitos decorrentes de atribuições, responsabilidades e competências na formulação, controle e efetivação de políticas sociais públicas.

Fundamentos históricos e contextuais da teoria da proteção integral

No Brasil, historicamente, a proteção da criança e do adolescente esteve atrelada à filantropia, à boa vontade, à compaixão ou à bondade². Ao longo dos anos, poucas alterações observam-se em relação à concepção de que as crianças pobres ou em situação de vulnerabilidade social deveriam ter uma atenção especial por parte da sociedade e do Estado.

Durante muito tempo perdurou a concepção menorista, especialmente para as crianças pobres as violações de direitos foram frequentes, até mesmo porque sequer havia o reconhecimento da condição de sujeito de direitos de crianças e adolescentes. Os problemas de ordem social e econômica, somados ao patrimonialismo, o populismo, o paternalismo, o centralismo e o autoritarismo da minoria elitista e dominante³ foram fatores que garantiram a permanência da visão menorista.

É preciso reconhecer a “herança colonial de uma estrutura patrimonial e burocrática”,⁴ assim como é preciso ter presente que a “estrutura que serviu e sempre foi utilizada, não em função da sociedade ou da maioria da população,

² MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

³ SAUT, Roberto Diniz. *O novo Direito da Criança e do Adolescente – uma abordagem possível*. Blumenau: Edifurb, 2008.

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma teoria crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 45.

mas no interesse exclusivo dos donos do poder, dos grandes proprietários e das nossas elites dirigentes, notoriamente egoístas e corruptas”.⁵ Essa herança cultural permitiu que, por muito tempo, a infância fosse tratada com descaso ou, pelo menos, sem o cuidado e a atenção necessários. Com isso, inúmeras formas de violação de direitos foram se perpetuando.

A partir da década de 1960, a excludente política menorista intensificou-se com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), voltada à concentração de estratégias de controle e repressão amparadas pela doutrina da segurança nacional da ditadura militar reproduzindo as condições de vulnerabilidade de amplos setores excluídos dos processos econômicos.

Na década de 1970, prevaleceram as concepções da doutrina da situação irregular, também assentadas na premissa pobreza-marginalidade. A preocupação de fundo estava relacionada às questões de segurança nacional e à implementação de uma política higienista, nas quais os direitos das crianças e dos adolescentes sequer era alvo de questionamentos. O objetivo era retirar as crianças das ruas, colocando-as em abrigos, longe dos olhares da sociedade.

A teoria da proteção integral adotada pela Constituição Brasileira de 1988 foi um marco significativo na ruptura das práticas políticas anteriores e serviu como estratégia para o reconhecimento da absoluta igualdade de tratamento a todas as crianças e adolescentes, sem quaisquer privilégios ou discriminação. Da mesma forma, a responsabilidade jurídica compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado estabeleceu que não cabe a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as ações, nem ficar alguma delas isentas de responsabilidade⁶.

Assim, a construção do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto ramo jurídico autônomo e assentado nos pilares da teoria da proteção integral, rompe com os preceitos da doutrina da situação irregular, a qual estava empenhada, de acordo com Saut⁷, em “eliminar na criança e no adolescente a sua espontaneidade de sujeito de direito, enquadrando-os na situação de minúsculos seres irregulares, quando em situação de abandono ou de conduta ilícita, igualando ambas as situações às vontades centralizadoras e verticalizadoras do Juiz de Menores”.

⁵ WOLKMER, 1990, p. 45.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷ SAUT, 2008, p. 52.

De acordo com Lima⁸, os sistemas menoristas que dominaram os Estados latino-americanos escondiam em seu bojo uma falaciosa proteção. Nesses países a falta de equidade demográfica e a estreita relação entre pobreza ou marginalização social, acompanhados da frequente redução de investimento público nas áreas sociais decorrente da adoção de um receituário neoliberal, submeteu crianças e adolescentes a situações precárias e degradantes de desenvolvimento humano.

No modelo de caráter assistencial que perdurou por praticamente todo o século XX, a ênfase estava no controle jurídico-disciplinar sobre a infância, caracterizado pela prática “não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas”,⁹ com o controle estatal absoluto. Destacava-se, portanto, o protagonismo do Poder Judiciário, que era muito evidenciado, a partir da prática de institucionalização de meninos e meninas “pobres e destituídos das condições básicas de exercerem seus poderes políticos e terem uma vida digna, como deveria ser o direito de toda a criança”.¹⁰

Méndez¹¹ refere que o processo de reformas legislativas iniciado na década de 1980 “deve ser entendido como um imenso laboratório para a democracia e para o direito” e compara esse processo com a Revolução Francesa, afirmando que a teoria da proteção integral marca o reconhecimento dos direitos, com duzentos anos de atraso, às crianças e adolescentes.

Essas reformas repercutiram positivamente e permitiram a solidificação de um sistema jurídico próprio, voltado ao atendimento dos direitos e interesses das crianças e adolescentes, priorizando a observância das especificidades inerentes à sua condição.

A teoria da proteção integral oferece os subsídios teóricos que sustentam o Direito da Criança e do Adolescente e, como toda teoria, sua formação é decorrência de um longo processo que se desenvolve ao longo da história. O substrato teórico inicial da teoria da proteção integral começa a se desenvolver a partir da compreensão da infância enquanto construção social. Nessa perspectiva,

⁸ LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

⁹ CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*. V. 29, p. 22-43, 2008, p. 22. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁰ CUSTÓDIO, 2008, p. 22.

¹¹ MENDEZ, Emilio Garcia. Das relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los derechos del niño en América Latina (1989-2009). In: *Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica*. vol. 3, nº.1, janeiro-abril 2011, p. 117- 141, Rio de Janeiro.

o reconhecimento da criança enquanto sujeito de direito é primordial para a conformação da teoria. Da mesma forma, é preciso reconhecer que a criança não é um “adulto em miniatura” ou que a infância é tão somente uma fase de preparação para a vida adulta. Mais ainda, não basta reconhecer a condição de sujeito de direitos: é preciso reconhecer a infância e, portanto, crianças e adolescentes como sujeitos concretos, inseridos em contextos políticos, sociais e econômicos.

Para começar, a história sobre a criança feita no Brasil, assim como no resto do mundo, vem mostrando que existe uma enorme distância entre o mundo infantil descrito pelas organizações internacionais, pelas não governamentais e pelas autoridades, daquele no qual a criança encontra-se quotidianamente imersa. O mundo que a ‘criança deveria ser’ ou ‘ter’ é diferente daquele onde ela vive, ou no mais das vezes, sobrevive. O primeiro é feito de expressões como ‘a criança precisa’, ‘ela deve’, ‘seria oportuno que’, ‘vamos nos engajar em que’, até o irônico ‘vamos torcer para’. No segundo, as crianças são enfaticamente orientadas para o trabalho, para o ensino, para o adestramento físico e moral, sobrando-lhes pouco tempo para a imagem que normalmente a ela está associada: do riso e da brincadeira¹².

A construção imaginária de um mundo ideal e de uma infância feliz, cercada por objetos e bens materiais, distancia-se da realidade na qual as crianças estão expostas, tais como a exploração sexual e do trabalho, à fome, à violência, ao desrespeito. Uma realidade em que, muitas vezes, impõe a crianças e adolescentes responsabilidades tipicamente adultas, como a manutenção do sustento familiar, invertendo completamente a ordem de proteção.

Essa construção de uma imagem feliz, alocada numa sociedade de consumo, contrapõe-se ao mundo real, no qual se acumulam “sobre a barbárie constantemente perpetrada contra a criança, barbárie esta materializada nos números sobre o trabalho infantil, sobre a exploração sexual de crianças de ambos os sexos.”¹³. Por isso, a compreensão sobre as representações e as concepções acerca da infância é importante para a compreensão dos fatores históricos que contribuíram para a construção da teoria da proteção integral.

Nesse aspecto, Ariès¹⁴ foi pioneiro no estudo sobre a infância e sobre o lugar que a mesma ocupa nas sociedades industriais, é indispensável para a construção da categoria social denominada infância e para a construção do arcabouço

¹² PRIORI, Mary Del. *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 8.

¹³ PRIORI, 2004, p. 9.

¹⁴ ARIÈS, Phillippe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006.

teórico que fundamenta a teoria da proteção integral. O referido autor revisita a história e aponta os momentos a partir dos quais a infância começou a ser reconhecida.

Sua análise iconográfica mostra que até o século XII a arte medieval sequer representava a infância, o que não deveria ocorrer por falta de habilidade ou competência, mas sim porque a infância não tinha lugar naquele mundo. A representação feita das crianças era completamente distante da realidade, o que por volta do século XIII começou a ser modificado, quando surgiram algumas representações mais próximas do sentimento moderno. Essas representações estavam, de modo geral, concentradas na pintura religiosa. Somente a partir do século XVII os retratos de crianças sozinhas se tornam mais numerosos, e nos retratos de família observa-se uma recomposição com a criança ocupando o espaço central¹⁵.

Nas palavras de Priori,¹⁶ no passado, a infância era um tempo sem personalidade. Até mesmo a nomenclatura para designá-la era restrita, sendo empregados termos como “miúdos”, “ingênuos” ou “infantes”. Nesse sentido, a autora destaca a importância do estudo das representações e das práticas infantis para a reconstrução do percurso histórico de construção da concepção moderna de infância.

Em inúmeras situações e contextos, percebe-se a ausência total de reconhecimento da infância, sendo a criança exposta a toda sorte de brincadeiras envolvendo sua sexualidade e sua exposição a linguagem e ações hoje consideradas impróprias e inadequadas às crianças, como o casamento de meninas muito jovens. Somente no final do século XVI é que inicia uma fase que se pode datar de respeito pela infância, com a seleção dos livros que poderiam ser colocados à disposição das crianças¹⁷.

No século XVIII surge o interesse e a preocupação com a educação da criança, o que impôs a noção essencial da inocência infantil e formou a concepção moral da infância que insistia na sua fraqueza, que era associada à “sua inocência, verdadeiro reflexo da pureza divina, e que colocava a educação na primeira fila das obrigações humanas”.¹⁸

¹⁵ ARIÈS, 2006.

¹⁶ 2004.

¹⁷ ARIÈS, 2006.

¹⁸ ARIÈS, 2006, p. 87.

A construção e a compreensão do conceito de infância continuavam ainda atreladas à sua condição de fragilidade e necessidade de proteção. Isso refletiu no processo de educação das crianças, pois conforme Pilotti e Rizzini¹⁹, ao longo da história inúmeras foram as concepções de educação que foram concebidas, todas elas de acordo com o momento histórico e com o reconhecimento e o sentido atribuído à infância.

Em termos de maturidade biológica, é a partir do século XVII que a concepção de infância começa a sofrer alterações, porém relacionada à ideia de dependência, que se confundia com a ideia de cuidados. Confundia-se, inclusive, infância e adolescência, pois as questões biológicas da puberdade, por exemplo, não eram consideradas relevantes, o que levava à ideia de uma longa infância. Especialmente no contexto das famílias mais pobres, essa ideia de dependência era mais acentuada. Nas famílias nobres, a infância estava mais associada à ideia de primeira idade. A adoção do termo “*petit enfant*” e a criação de escolas divididas por idade demonstram essa distinção.²⁰

O reconhecimento das representações e das práticas infantis, bem como os seus antecedentes históricos, é de suma importância para a compreensão da infância contemporânea²¹. A construção de uma cultura de proteção, com base no reconhecimento dos direitos fundamentais, depende do conhecimento da trajetória da infância nas sociedades, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

Mesmo em linhas gerais, percebe-se que o longo caminho para a formação do pensamento sobre a infância tal qual é concebido contemporaneamente foi árduo e longo, marcado por momentos de ruptura de concepções e de avanços. No âmbito normativo, foi apenas no início do século XX que a ideia de proteção à infância teve seu nascedouro, mais especificamente com a adoção pela Liga das Nações Unidas da Declaração de Genebra, em 1924, quando, pela primeira vez, se fez menção à terminologia “direitos da criança”.²²

Não é possível afirmar que a Declaração de Genebra tenha sido o elemento fundador da teoria da proteção integral, pois o seu conteúdo, condizente com as características socioeconômicas da época, trazia uma forte distinção entre

¹⁹ PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. *A arte de governar crianças*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

²⁰ ARIÈS, 2006.

²¹ PRIORI, 2004.

²² DECLARAÇÃO DE GENEBRA. Aprovada em 26 de setembro de 1924 pela Assembleia da Liga das Nações. Genebra, 1924.

as crianças a serem protegidas e recomendando o tratamento diferenciado aos órfãos e abandonados²³.

O contexto do pós-guerra acentuou as condições críticas a que estavam submetidas às crianças, levando a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a incluírem o tema do respeito ao direito da criança em sua pauta de discussão.

Em 1919, a OIT adotou duas Convenções que visavam assegurar a proteção da criança: a Convenção nº. 05 que dispunha, em seu art. 2, que “as crianças menores de 14 anos não poderão ser empregadas, nem poderão trabalhar, em empresas industriais públicas ou privadas ou em suas dependências, com exceção daquelas em que unicamente estejam empregados os membros de uma mesma família” e a Convenção nº. 06, que em seu art. 2º proibia o emprego noturno na indústria a pessoas com idade inferior aos 18 anos de idade²⁴.

Esses documentos, apesar de restritos e ainda aquém da proteção integral, foram os precedentes da Declaração de Genebra e para a construção de uma teoria que abarcasse a proteção dos direitos da infância.

Muito embora o conteúdo da Declaração não tenha alcançado a repercussão almejada, tendo em vista, entre outros fatores, o insucesso da Liga das Nações, esse foi o primeiro passo para o reconhecimento no âmbito internacional dos direitos das crianças. Pela primeira vez, um documento internacional tratava do direito da criança de viver em condições dignas e de ter assegurado o direito ao desenvolvimento físico, material e espiritual, além de estabelecer prioridade da criança no atendimento e assistência, tornando a regra de proteção à criança em um princípio. Assim,

(...) a Declaração de Genebra reconhece a proteção da criança, independentemente de qualquer discriminação de raça, nacionalidade ou crença. Afirma o dever de auxílio à criança com respeito à integridade da família e o oferecimento de condições de desenvolvimento de maneira normal, envolvendo as condições materiais, morais e espirituais. Além disso, recomenda que a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada, refletindo a força do ideário higienista e positivista da época nos campos de educação e saúde, revelados pelos conceitos de tratamento e normalidade.²⁵

²³ VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴ OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). *Respostas políticas e legislativas modernas ao trabalho infantil*. Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC). Lisboa, Etigraf, Artes Gráficas, Lda., 2009. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/pub_trabinfantil.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2017.

²⁵ VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 120.

Pode-se afirmar, portanto, que a Declaração de Genebra delimitou o marco inicial para o reconhecimento e a proteção dos direitos da criança que, mais tarde, foram ampliados pelos demais documentos internacionais que se seguiram. O conteúdo da declaração provocou a inserção do debate acerca da necessidade de assegurar proteção à infância e a consequente elaboração dos instrumentos que viriam a garantir essa proteção.

Na sequência, a elaboração de outro documento importante determinou um novo olhar e uma nova atenção aos direitos da criança. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reconheceu a dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²⁶ O reconhecimento do direito a todos os membros da família humana, por certo, inclui as crianças.

O art. 25 da Declaração reconhece o direito a cuidados e assistência especiais à maternidade e à infância, além de reconhecer o direito à proteção social para todas as crianças. A ênfase no tratamento diferenciado à infância constitui um dos fundamentos da proteção integral que vai sendo ampliada com o passar do tempo²⁷.

Uma década mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reforça a necessidade de proteção às crianças e adolescentes, inaugurando uma nova fase²⁸. Essa Declaração é constituída por dez princípios “que formam um conjunto de valores que formam a Doutrina da Proteção Integral”.²⁹

Os princípios que configuram a proteção integral reconhecem os direitos: à igualdade, sem distinção de raça religião ou nacionalidade; a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; o direito a um nome e a uma nacionalidade; à alimentação, moradia e assistência médica adequadas para a criança e a mãe; à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade; à educação gratuita e ao lazer infantil; a ser socorrido em primeiro

²⁶ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

²⁷ ONU, 1948.

²⁸ ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 9 mar. 2017.

²⁹ VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 120.

lugar, em caso de catástrofes; a ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho; e a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

A proteção, em seu sentido amplo, é reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos da Criança como fundamental para o desenvolvimento e para efetividade dos direitos fundamentais. E o reconhecimento desses direitos representa o cerne da proteção integral e a afirmação dos direitos humanos e da dignidade³⁰.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança afirma os direitos humanos, com base no princípio da dignidade e valor do ser humano, visando a atingir melhores condições de vida para a população infantil, mediante o exercício de direitos e liberdades, protegidos contra qualquer espécie de discriminação, reconhecendo a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, que necessita de cuidados e direitos especiais, antes e depois do nascimento, visando ao bem-estar da criança, a quem a humanidade deve o melhor de seus esforços. (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 121)

Entretanto, apesar do avanço que representou e da importância do conteúdo dessa Declaração para a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e para a alteração na concepção de infância, a mesma não alcançou maiores dimensões, em razão do seu caráter não vinculativo. Isso porque as Declarações, ao contrário das Convenções, não vinculam os Estados-Partes. A diferença da Convenção em relação às Declarações é o seu caráter vinculante que implica que, a partir da ratificação de uma Convenção, os Estados-Membros comprometem-se a incorporá-la ao seu sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo, tomando todas as medidas necessárias para assegurar os direitos por ela assegurados.

Contudo, mesmo sem a vinculação e obrigatoriedade de observância do conteúdo das Declarações, o tema emergiu. A entrada da infância para a esfera pública é crucial para a delimitação da posição que ocupa na arena de negociação das políticas públicas, que é também uma construção social e política, resultante de tensões e coalizões entre os diversos atores sociais, nacionais e internacionais³¹.

Trazida ao espaço público de discussão, a questão passou a integrar a agenda de discussões internacionais. Isso, por si só, representou um avanço im-

³⁰ ONU, 1948.

³¹ ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 697, set/dez 2010.

portante, na medida em que os documentos protetivos posteriores incluíram os direitos da criança e a obrigatoriedade de instituição de instrumentos que garantissem os direitos fundamentais. O mais significativo deles foi a Convenção sobre os direitos da criança, de 1989, composta por 54 artigos e ratificada por 193 países. O Brasil ratificou-a por meio do Decreto nº. 99.710, de 21 de novembro de 1990.³²

A aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989, foi de significativa importância para a ampliação e a dinamicidade das atividades das principais organizações internacionais voltadas à proteção da infância, bem como para a alteração da normativa interna dos Estados-partes que a ratificaram, fazendo as adequações no ordenamento jurídico interno aos princípios jurídico-normativos e aos paradigmas éticos e políticos dos direitos humanos que foram consagrados pela Convenção³³.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ao conferir à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direitos, impulsiona alterações no ordenamento jurídico interno dos Estados-partes que passam a normatizar a atuação do Estado, da sociedade e das famílias no sentido de atender aos direitos das crianças e adolescentes³⁴.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança convida a assegurar as duas prerrogativas maiores que a sociedade e o estado devem conferir à criança e ao adolescente, para operacionalizar a proteção dos seus Direitos Humanos: 'cuidados' e 'responsabilidades'. As crianças e os adolescentes têm direitos subjetivos e exigíveis, à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde, à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente de qualidade e outros direitos individuais indisponíveis, sociais, difusos e coletivos.³⁵

A condição de titulares de direitos coloca o Estado e a sociedade na condição de responsáveis pela sua efetivação, não apenas com o dever de atender

³² BRASIL, *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: DOU de 22.11.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

³³ NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração*. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção: a convenção sobre os direitos da criança. 2012. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/ANALISE-HISTORICA-SOBRE-OS-23-ANOS-DO-ECA.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

³⁴ BRASIL, 1990.

³⁵ NOGUEIRA NETO, 2012, p. 6.

as necessidades, desejos e interesses, mas como direitos humanos indivisíveis, reconhecidos por uma normativa internacional.³⁶

Nesse sentido Rosemberg e Mariano³⁷ referem que a Convenção de 1989 inovou “não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança, considerada como toda pessoa com idades até 18 anos, todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos”. Até então, esses direitos eram restritos aos adultos.

Para Bontempo³⁸, a Convenção “reforça a figura da criança como sujeito de direito, merecedora de proteção especial, com absoluta prioridade, acolhendo a doutrina da proteção integral, mediante a qual deve ser reconhecido o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”.

Corroborando esse entendimento, Rosemberg e Mariano³⁹ afirmam que, ao conferir um estatuto jurídico à criança, a Convenção “abre-lhe a possibilidade de pleitear sem ser representada por seu tutor legal, significando o seu egresso da tutela para ser um sujeito de direitos”. A Convenção assegura, de um lado, os direitos de liberdade e de participação, reconhecidos em razão da identidade da criança como ser humano; por outro lado, os direitos de proteção, que são devidos em razão da especificidade de ser criança.

Em breve retrospecto, observa-se que a adoção da Convenção sobre os direitos da criança percorreu um longo caminho, pois o objetivo era aprovar a Convenção no ano de 1979, como uma das ações significativas relativas ao Ano Internacional da Criança. O papel das organizações não governamentais (ONGs) foi deveras importante, pois se concentrou na inclusão dos direitos de proteção especial e intermediou a participação da sociedade civil na implementação da Convenção.⁴⁰

A participação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ocorreu em oito sessões; o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), participou de cinco reuniões; a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e

³⁶ NOGUEIRA NETO, 2012.

³⁷ ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 699.

³⁸ BONTEMPO, Alessandra Gotti. O Direito das Crianças à Plena Fruição dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: O direito de ter direitos no Futuro In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 833.

³⁹ ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 711.

⁴⁰ PILOTTI, F. *Globalización y convención sobre los derechos del niño: el contexto del texto*. Washington: OEA, 2000.

a Cultura (UNESCO), a Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Liga dos Estados Árabes participaram apenas da última reunião.⁴¹

Todo o processo de aprovação do texto da Convenção foi marcado por debates e tensões. Finalmente, em 20 de novembro de 1989 foi aprovada a Convenção dos Direitos da Criança, outorgando à criança todos os direitos e todas as liberdades já consagradas na Declaração dos Direitos Humanos.

Em consonância com as normativas internacionais, especialmente, com o conteúdo da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou os direitos fundamentais, assegurando-lhes a integral proteção. Essa proteção estende-se a todos os cidadãos, independentemente de qualquer condição, abrangendo, portanto, as crianças e adolescentes, também sujeitos de direito e impondo responsabilidade compartilhadas para sua efetivação⁴².

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao impor a obrigatoriedade da mais ampla proteção, atribuindo ao tripé: família, sociedade e Estado, a responsabilidade em garantir a observância e assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Para Ramidoff⁴³, a promulgação da Constituição Federal “configurou uma opção política e jurídica que resultou na concretização do novo direito embasado na concepção de democracia”.

O texto constitucional brasileiro foi aprovado após um intenso debate político, do qual resultou a positivação de valores axiológicos dos mais variados grupos sociais. A adoção do modelo econômico capitalista não está assentada nos postulados tradicionais do liberalismo econômico. Ao contrário, buscou-se adotar um capitalismo mais ético e solidário, observando-se a função social e a valorização do trabalho, dentre outros. Com isso, o papel do Estado não é de mero expectador, mas sim de responsabilidade para com o alcance dos objetivos de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.⁴⁴

Desse modo, são necessário o reconhecimento e o estabelecimento dos meios eficazes para a controle e efetivação dos direitos fundamentais. Sem isso, o conteúdo formal da proteção se esvai. E foi a garantia de efetividade dos direitos fundamentais que fez com que a Constituição Federal de 1988 consagrasse a

⁴¹ PILOTTI, 2000.

⁴² BRASIL, 1988.

⁴³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da Criança e do Adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007, p. 21.

⁴⁴ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

teoria da proteção integral, assegurando prioridade absoluta no atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

A redação do art. 227 do texto constitucional, no capítulo que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, impõe expressamente a responsabilidade compartilhada e solidária entre família, sociedade e Estado assegurar a proteção integral aos direitos fundamentais:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁴⁵

Para Mendez⁴⁶, o artigo 227 da Constituição Federal Brasileira se constitui numa verdadeira síntese do que resultou num significativo avanço e “*abrió definitivamente las puertas para la primera reforma legal de nuevo tipo en América Latina: El Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil aprobado en julio de 1990*”.

Da mesma forma, Veronese⁴⁷ destaca a importância do art. 227 da Constituição Federal de 1988 para a conformação do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A gama de direitos elencados basicamente no art. 227 da Constituição Federal, os quais constituem direitos fundamentais, de extrema relevância, não só pelo seu conteúdo como pela sua titularidade, devem obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estatuto, e uma forma de tornar concreta essa garantia deu-se, justamente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre tarefa de materializar o preceito constitucional.

De acordo com Veronese⁴⁸, a elaboração de uma legislação que considerasse crianças e adolescentes enquanto sujeitos foi imprescindível para que os preceitos constitucionais fossem efetivamente concretizados. A proteção especializada, diferenciada e integral conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente decorre da condição específica de pessoa em desenvolvimento. A proteção integral está assegurada no art. 1º, enquanto os artigos 2º e 3º garantem a proteção diferenciada, na medida em que impõe o tratamento distinto a

⁴⁵ BRASIL, 1998.

⁴⁶ MENDEZ, 2011, p. 125-126.

⁴⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB Editora, 2006.

⁴⁸ VERONESE, 2006.

ser dispensado à crianças e adolescentes em razão de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

A proteção especializada está amparada no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁹, porque se estabelece uma particularização, ou seja, tal proteção destina-se, tão somente, às crianças e aos adolescentes, sem exceção alguma. Assim, a proteção é estendida a todos, sem distinção. Com isso, os dispositivos estatutários inauguram uma perspectiva emancipatória do direito da criança e do adolescente.

A conjugação dos princípios da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático brasileiro, com os princípios que conformam o Direito da Criança e do Adolescente, apresenta-se como um dever de agir do Estado, no sentido de dar concretude aos direitos humanos e direitos fundamentais da infância.

Fundamentos principiológicos jurídico-políticos da teoria da proteção integral

Embora a concepção de proteção integral seja adotada inicialmente nos estudos sobre a matéria como uma doutrina, o aprimoramento de sua estrutura e concepção foi elevada à condição de uma real teoria, pois comporta um conjunto de referenciais teóricos sólidos e que dão sustentação ao Direito da Criança e do Adolescente⁵⁰.

Kuhn⁵¹ apresenta subsídios para a compreensão do processo de construção do conhecimento e das ciências. Segundo o autor, o processo de construção de uma teoria é marcado por rupturas e por avanços, porque o surgimento de uma nova teoria rompe com a tradição da prática científica, introduzindo uma nova, o que se leva a cabo com a adoção de regras diferentes e dentro de um universo de razões também diferentes.

Kuhn⁵² enuncia que os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Esses para-

⁴⁹ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 16.07.1990 e retificado em 27.09.1990.

⁵⁰ CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

⁵¹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

⁵² KUHN, 1991, p. 13.

digmas vão sofrendo influências e alterações que, em determinados momentos, reconhecem novas realizações científicas que tomam o lugar das anteriores, formando novos paradigmas.

Dentre os seus referenciais, os direitos fundamentais e a dignidade humana ocupam lugar central. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais devem ser compreendidos a partir do seu conteúdo ético e normativo e das características que conferem a esses direitos o *status* de fundamental, evitando o risco do uso banalizado da expressão.⁵³

O *status* de norma fundamental decorre da positivação dos direitos fundamentais, o que “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis”.⁵⁴ A incorporação ao ordenamento jurídico confere-lhes um sentido formal ao seu conteúdo.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, que são os valores básicos para uma vida digna em sociedade e que estão intimamente ligados à ideia de dignidade humana. Esses direitos não são privilégio de alguns indivíduos, mas sim um atributo de todo e qualquer ser humano. O conteúdo normativo decorre do reconhecimento formal de alguns direitos. Esse reconhecimento ocorre através da positivação desses direitos no ordenamento constitucional de determinado país.⁵⁵

Ainda, é preciso reconhecer que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa, que orienta o ordenamento jurídico brasileiro:

A densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado – dignidade da pessoa humana. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado.⁵⁶

No caso brasileiro, a teoria da proteção integral encontra assento constitucional e infraconstitucional e está intimamente relacionada à dignidade hu-

⁵³ MARMELSTEIN, 2013.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369-370.

⁵⁵ MARMELSTEIN, 2013, p. 15.

⁵⁶ CANOTILHO, 2003, p. 248.

mana que, segundo Barroso⁵⁷ é um “valor básico, um princípio constitucional e uma fonte de direitos e liberdades individuais”.

A dignidade humana é o valor basilar que fundamenta todos os direitos humanos, visto que sua afirmação não se constitui não só em uma garantia “*de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos*”.⁵⁸

A dignidade humana torna-se o valor jurídico supremo a ser perseguido, constituindo-se em “atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração”.⁵⁹ Todos são iguais em dignidade, independentemente do comportamento indigno que, porventura, alguns venham a adotar.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preceitua que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade⁶⁰. A dignidade da pessoa constitui o fundamento de todos os direitos e o fundamento central de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade humana ocupa um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico e qualifica-se como valor fundamental da ordem jurídica⁶¹. Uma ordem constitucional que consagra a dignidade humana “parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente da sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”.⁶²

A incorporação da dignidade humana pelos discursos políticos após a devastação provocada pelo totalitarismo e pelo genocídio teve com o objetivo de formar a base para uma era de paz, democracia e direitos humanos. Já o dis-

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 42.

⁵⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3 – Derechos sociales fundamentales. Santiago, Chile: Librotecnia, 2010, p. 11.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº. 09, jan./jun. 2007, p. 362.

⁶⁰ ONU, 1948.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁶² SARLET, 2011, p. 48.

curso jurídico importou a dignidade humana por dois fatores: a sua inclusão, em diferentes tratados e documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais; e a “ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra”.⁶³

Para Comparato⁶⁴, a dignidade humana possui um valor supremo no ordenamento, porque “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁶⁵

A dignidade humana representa o epicentro dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, “inter-relacionados e interdependentes numa abordagem holística, tal como vem proclamando não só pelas Constituições de cada Estado-nação de cunho democrático, mas principalmente através de Tratados Internacionais de Direitos Humanos”.⁶⁶ Representa, portanto, o referencial para aplicação e interpretação das normas jurídicas.

O princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, destacando-se a sua função instrumental integradora e hermenêutica, na medida “em que ser como parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.⁶⁷

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais precisam ser compreendidos em sua acepção mais ampla, alcançando também o conceito de cidadania que, conforme Marshall,⁶⁸ pode ser compreendido a partir de três elementos que

⁶³ BARROSO, 2013, p. 134.

⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coordenador). *Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 176.

⁶⁵ SARLET, 2011, p. 71.

⁶⁶ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transferência da economia direcionada ao crescimento e ao alcance do progresso social sob a égide da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, Ano 17, Jan-Mar 2009, p. 180. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

⁶⁷ SARLET, 2011, p. 95.

⁶⁸ MARSHALL. Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

a constituem: a conquista dos direitos civis, no século XVIII, formados pelo direito à liberdade individual de ir e vir, de expressão, de manifestação, de pensamento, de crença religiosa e de propriedade; a conquista dos direitos políticos, no século XIX, como a participação no pleno exercício do poder político; e a conquista dos direitos sociais, no século XX, que dizem respeito a um mínimo existencial de bem-estar econômico, a previdência, a participação na herança social e à possibilidade de viver de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Para Marshall⁶⁹, a cidadania possui um caráter histórico, que decorre do processo cumulativo de conquistas de direitos e que possibilitam a superação das injustiças sociais. Em sua concepção clássica, a cidadania é concebida como “um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*”.⁷⁰

Na perspectiva de análise dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a Constituição Brasileira de 1988, ao consagrar a teoria da proteção integral, reconhece a condição de sujeito de direitos, na qual está inserida a noção de cidadania⁷¹.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, juntamente com os demais direitos individuais e políticos, conformam o suporte básico do sistema de direitos fundamentais, da mesma forma que se constituem em derivações da dignidade da pessoa humana. Deste modo, são direitos que explicitam as exigências dos valores da dignidade, da igualdade e da solidariedade humana, com vistas à superação das desigualdades sociais, gerando o direito de participar dos benefícios da vida social, com o básico e necessários para uma vida compatível com a dignidade humana, a partir de direitos e prestações oriundas, direta ou indiretamente, dos poderes públicos⁷².

Sarlet⁷³ defende que os direitos fundamentais não se limitam a serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas representam um conjunto de valores objetivos básicos que dirigem a ação positiva dos poderes públicos e não apenas garantias negativas de interesses individuais.

⁶⁹ MARSHALL, 1967.

⁷⁰ MARSHALL, 1967, p. 76.

⁷¹ BRASIL, 1988.

⁷² ALCALÁ, 2010, p. 18-19.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Alexy⁷⁴ vai além da concepção de direito centrado na defesa e defende que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, que correspondem a posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado. Os direitos fundamentais visam a garantia de um estado global de liberdade, do qual todos se beneficiem. Estabelecendo-se, assim, uma relação com os demais titulares de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos em sua dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva. Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, tanto em suas relações com o Estado quanto em suas relações com os demais, servindo como garantia de liberdade individual. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais assumem uma dimensão institucional, sendo que o seu conteúdo deve servir para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.⁷⁵

Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁷⁶ também reconhecem que os direitos fundamentais possuem essa dupla dimensão, destacando que a noção subjetiva “engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”. A dimensão objetiva, por sua vez, implica na outorga da função autônoma dos direitos fundamentais, que transcende a sua dimensão subjetiva.

Os direitos fundamentais se constituem numa garantia dos cidadãos frente ao Estado para o reconhecimento e a proteção da pessoa humana⁷⁷. Nessa perspectiva, importa observar que:

[...] Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).⁷⁸

Os direitos fundamentais, reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente”.⁷⁹

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷⁵ PEREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁷ PEREZ-LUÑO, 2004.

⁷⁸ PEREZ-LUÑO, 2004, p. 20.

⁷⁹ SARLET, 2007, p. 36.

Nessa perspectiva, a dignidade humana é um conceito ao mesmo tempo fundamental e normativo, que tem sido invocada nos mais diversos contextos e que serve de fundamento para as mais diversas decisões judiciais⁸⁰. Ademais, enquanto princípio constitucional a dignidade humana orienta todo o ordenamento jurídico, bem como atua como critério hermenêutico quando da análise dos direitos fundamentais.

Com o seu reconhecimento, os direitos fundamentais passam a representar a principal garantia dos cidadãos de que os sistemas jurídico e político se orientarão no sentido de respeitar e promover a pessoa humana. Os direitos fundamentais deixam de ser meros limites ao exercício do poder político e se tornam um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva do poder público.⁸¹

A acolhida dos direitos fundamentais pela Constituição brasileira, em capítulo próprio, ressalta sua condição de autênticos direitos fundamentais⁸². A situação topográfica dos direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro traduz o parâmetro hermenêutico e os valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, a partir das quais as demais normas devem ser interpretadas. Por expressarem o conjunto de valores básicos de uma sociedade, ao serem consagrados pelo texto constitucional, os direitos fundamentais contribuem para a conformação da ordem jurídica infraconstitucional e, ao mesmo tempo, se configuram no marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.⁸³

Os direitos fundamentais representam uma forma avançada no processo de positivação dos direitos humanos nos textos constitucionais. Esse processo tem como ponto intermediário os direitos humanos. Apesar da aproximação entre as concepções de direitos fundamentais e direitos humanos, os mesmos não podem ser utilizados como sinônimos, como alerta Perez-Luño:

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada⁸⁴.

⁸⁰ BARROSO, 2013.

⁸¹ PEREZ-LUÑO, 2004.

⁸² SARLET, 2007.

⁸³ PEREZ-LUÑO, 2004.

⁸⁴ PEREZ-LUÑO, 2004, p. 46.

Os direitos fundamentais “derivan de las reflexiones filosóficas acerca de los derechos humanos que son plasmadas normativamente en el derecho positivo”.⁸⁵ Nesse sentido, Amuchástegui⁸⁶ entende que não é possível admitir um direito fundamental que não consista na positivação de um direito humano, porque “*los derechos fundamentales no son categorías normativas abiertas a cualquier contenido, sino concreciones necesarias de los derechos humanos en cuanto instancias axiológicas previas y legitimadoras del Estado, que éste ni puede inventar, ni puede desconocer*”.

Os direitos humanos possuem contornos mais amplos e imprecisos e são reconhecidos nas convenções e nas declarações internacionais, ao passo que os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito e seu reconhecimento e garantia ocorre no âmbito do direito positivo.

Já o conceito de direito fundamental está em estreita relação com o conceito de norma fundamental. Os direitos fundamentais necessitam de uma norma que os assegure, porque sempre que algum possuir um direito fundamental existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito.⁸⁷

As normas de direito fundamental são aquelas provenientes do texto da lei fundamental. São disposições de direitos fundamentais aquelas que constam do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, assim como as demais disposições constitucionais que expressam normas de direitos fundamentais, ou normas que garantem direitos individuais.⁸⁸

O reconhecimento e a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional conferem-lhes a nota distintiva da supremacia normativa, vinculando o próprio Estado às cláusulas constitucionais. A consagração dos direitos fundamentais proporcionou-lhes o status de direitos de hierarquia constitucional, oponíveis pelo cidadão ao Estado⁸⁹. É essa hierarquia constitucional que define a sua eficácia.

A eficácia e aplicabilidade das normas que definem os direitos fundamentais “dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo”.⁹⁰ O § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

⁸⁵ PEREZ-LUÑO, 2003, p. 31.

⁸⁶ AMUCHÁSTEGUI, Jesús G. *Los límites de los derechos fundamentales, Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 49.

⁸⁷ ALEX, 2008.

⁸⁸ ALEX, 2008.

⁸⁹ SARLET, 2013.

⁹⁰ CANOTILHO, 2003, p. 359.

determina expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A força normativa dos direitos fundamentais decorre das condições de eficácia e do modo como o legislador, juízes e administração observam e aplicam esses direitos nos mais diversos contextos⁹¹ Os direitos fundamentais são subjacentes à condição humana e se constituem no pilar dos demais direitos que não possuem essa mesma estrutura. Pela mesma razão e por estarem positivados no texto constitucional, estão em patamar superior, devendo ser observados e respeitados em qualquer situação.

Os direitos fundamentais contemplam uma acepção geracional, e por essa razão a Constituição Federal reconhece crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito. Da mesma forma, o texto constitucional reconhece a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, portanto, alvo da proteção estatal e social. A proteção integral e a prioridade absoluta se constituem, desse modo, no cerne da teoria da proteção integral e do princípio da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico, como outros sistemas, também é informado e orientado por princípios. Reale,⁹² ao tratar dos princípios gerais do direito, diz que os princípios são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”. Os princípios, segundo o autor, são as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento, são eles que dizem o significado do modelo jurídico.

O Direito da Criança e do Adolescente possui um alto grau de complexidade. Nem sempre a simples aplicação das regras positivadas é capaz de dar conta, em sua plenitude, de todas as questões que lhe são inerentes. Os princípios, por outro lado, fornecem os fundamentos para a aplicação das normativas de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

Os princípios albergados e que dão sustentação ao Direito da Criança e do Adolescente servem de critério hermenêutico para a interpretação dos direitos fundamentais e das demais garantias asseguradas pelo sistema jurídico-normativo.

⁹¹ CANOTILHO, 2003.

⁹² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

A compreensão do Direito da Criança e do Adolescente como um sistema jurídico exige uma leitura dos textos legais de forma mais abrangente, reconhecendo a interação entre as diversas categorias de princípios jurídicos, pois a finalidade histórico-social do Direito da Criança e do Adolescente é “redefinir a relação da sociedade em geral e do Estado com o segmento infanto-juvenil, rompendo definitivamente com a chamada tradição menorista”.⁹³

O Direito da Criança e do Adolescente, fundamentado na teoria da proteção integral, rompe com a tradição das doutrinas do direito menorista, buscando afirmar o valor intrínseco da criança como ser humano e reconhecer crianças e adolescentes como titulares de direitos fundamentais.⁹⁴ Nessa perspectiva, o Direito da Criança e do Adolescente não pode ser compreendido a partir de uma concepção cartesiana ou de uma interpretação restritiva ou literal.

As normas jurídico-protetivas devem ser interpretadas com base nos princípios que orientam o novo Direito da Criança e do Adolescente, de modo a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Entretanto, os princípios não podem ser confundidos com regras, devido ao fato de “lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas, representado pela conexão entre um suporte fático e uma consequência jurídica”.⁹⁵ No campo dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é relevante para a resolução de eventuais conflitos ou situações nas quais as regras não dão conta da complexidade do tema.

Alexy⁹⁶ atribui um valor normativo aos princípios, que oferece uma base epistemológica e axiológica para a análise e interpretação dos direitos fundamentais.

Os princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, não existindo relações absolutas de precedência. A medida do seu cumprimento depende tanto das possibilidades reais quanto jurídicas. Já as regras são normas que são ou totalmente satisfeitas ou não são satisfeitas, não se falando em grau de satisfação. Os princípios se referem a ações e situações, razão pela qual não são quantificáveis.⁹⁷

⁹³ LIMA, 2001, p. 144.

⁹⁴ LIMA, 2001.

⁹⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001, p. 683.

⁹⁶ ALEXY, 2008.

⁹⁷ ALEXY, 2008.

Apesar de destacar a importância acerca da necessidade de distinção entre regra e princípio, Alexy⁹⁸ refere que ambos são subespécies de norma, porque estão num plano deontológico – dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é feita a partir de critérios, sendo que o da generalidade é o mais frequente, porque os princípios possuem um grau de generalidade que é relativamente alto. As regras, por sua vez, possuem um grau de generalidade relativamente baixo. Além da generalidade, o autor aponta outros critérios de distinção: o da determinabilidade dos casos de aplicação; o da forma de origem; o da explicitação do caráter valorativo; o da referência a uma ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema, e o da importância para o ordenamento jurídico.⁹⁹

A mais importante diferença teórico-estrutural da norma para a teoria dos direitos fundamentais é a distinção entre regras e princípios. Esta distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. (...) Esta distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. (...) Neste sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas - mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85).

Canotilho¹⁰⁰ discorre sobre os critérios para estabelecer a diferenciação entre regras e princípios. O primeiro dos critérios diz respeito ao grau de abstração: nos princípios esse grau é relativamente elevado, enquanto nas regras é relativamente reduzido. O segundo critério refere-se ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios são vagos e indeterminados e, por essa razão, carecem da mediação concretizados do legislador ou do juiz; já as regras são suscetíveis de aplicação direta. O terceiro critério é quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, pois os princípios são normas de natureza estruturante devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes ou a sua importância dentro do sistema jurídico. O quarto critério diz respeito à proximidade da ideia de direito. Segundo o autor, os princípios são “standarts” juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito, enquanto as regras podem ter um caráter meramente funcional. E o quinto critério diz respeito à natureza normogenética, pois os princípios são o fundamento das regras, são normas que estão na base.

⁹⁸ ALEXY, 2008.

⁹⁹ ALEXY, 2008.

¹⁰⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

Os princípios que sustentam e orientam a teoria da proteção integral determinam a realização de algo na maior medida possível e de acordo com as possibilidades, jurídicas e fáticas. Os princípios enquanto mandados de otimização, determinam que o seu cumprimento possa ocorrer em diferentes graus, na medida em que depende tanto das possibilidades reais quanto das jurídicas.¹⁰¹

Entre os princípios não existem relações absolutas de precedência. Ainda, por se referirem a ações e situações, os princípios não são quantificáveis. Os princípios constituem a base para fazer frente às objeções que resultam da aproximação da teoria dos princípios com a teoria dos valores.¹⁰²

Havendo colisão entre princípios, um deles terá que ceder ante o outro, o que não significa que o princípio desprezado se torne inválido. As circunstâncias é que determinarão qual o princípio deverá prevalecer e qual deverá ceder. A partir da ponderação, no caso concreto, determinará qual o princípio tem mais peso, devendo prevalecer em relação ao outro.¹⁰³

A colisão entre princípios é solucionada a partir da razoabilidade e da proporcionalidade, que estabelecem os parâmetros e os critérios de interpretação para o sopesamento dos princípios contrapostos. Nesse sentido, Ávila¹⁰⁴ confere-lhes o sentido de postulados normativos, que adentram no terreno das meta-normas, na medida em que não são nem regras, nem princípios. Os postulados não se confundem com os princípios, porque não visam a promoção de um fim, mas sim promovem a estrutura para a aplicação do dever de promover um fim. Da mesma forma, os postulados não se confundem com as regras, pois não prescrevem comportamentos, mas sim a argumentação relativa às normas que prescrevem, indiretamente, os comportamentos.

As regras, por sua vez, são ou não satisfeitas. Portanto, em se tratando de regras, não se fala em grau de satisfação. Entre as regras não há colisão, mas sim conflitos que são solucionados a partir da sua dimensão de validade: ou seja, se uma regra for válida, a outra será considerada inválida.¹⁰⁵

O Direito da Criança e do Adolescente possui um conjunto de normas próprias, formado por regras e princípios, porém com uma ênfase maior aos últimos. A ponderação, quando da análise do caso concreto, deverá estar pautada

¹⁰¹ ALEXY, 2008.

¹⁰² ALEXY, 2008.

¹⁰³ ALEXY, 2008.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁰⁵ ALEXY, 2008.

nos princípios informadores e orientadores que oferecem os subsídios que embasam a teoria da proteção integral, que é o fundamento desse ramo do direito.

O Direito da Criança e do Adolescente é informado por princípios que se subdividem em estruturantes e concretizantes. Os princípios estruturantes fornecem os parâmetros do sentido jurídico fundamental do Direito da Criança e do Adolescente, contendo as referências teleológicas e axiológicas que determinam a sua superioridade em face de outras normas¹⁰⁶ e garantem a unidade do sistema jurídico.

Os princípios não podem ser vistos como elementos-chave da estrutura do Direito da Criança e do Adolescente, pois eles são expressões objetivantes do direito, como é o princípio jurídico da vinculação do Direito da Criança e do Adolescente à teoria da proteção integral, ou seja, além de ser uma norma inderrogável ou impreterível, este princípio deve sempre funcionar como fator de predeterminação de toda e qualquer decisão acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Na realidade, os princípios estruturantes do Direito da Criança e do Adolescente constituem-se programas de ação que asseguram direitos individuais, fundamentais e especiais tanto por parte da família, da sociedade e do Estado.

Os princípios estruturantes são dotados do mais elevado grau de essencialidade material, como mandamentos de otimização; eles “não são estruturantes apenas por estarem no topo da pirâmide da estrutura do sistema combinado de princípios e regras, mas também porque são as densificações mais elevadas dos fins e valores vitais do sistema jurídico em questão”.¹⁰⁷

No segundo grupo, estão os princípios concretizantes, que tem por função de densificar ou concretizar os princípios estruturantes. No Direito da Criança e do Adolescente, os princípios concretizantes se subordinam e completam os princípios estruturantes, havendo entre eles uma relação lógico-formal e lógico-material.¹⁰⁸

Lima¹⁰⁹ exemplifica a relação entre os princípios estruturantes e concretizantes da seguinte maneira: o princípio da prioridade absoluta, que significa dar precedência aos direitos, às necessidades e aos interesses infanto-juvenis, deve ter seu alcance e significado determinado em obediência ao que estabelece

¹⁰⁶ LIMA, 2001.

¹⁰⁷ LIMA, 2001, p. 159.

¹⁰⁸ LIMA, 2001.

¹⁰⁹ LIMA, 2001.

o princípio estruturante da vinculação do Direito da Criança e do Adolescente à teoria jurídica da proteção integral.

Como princípios estruturantes estão o princípio da vinculação à doutrina jurídica da proteção integral; da universalização, do caráter garantista; e do superior interesse da criança e do adolescente. Dentre os princípios concretizantes, que visam dar efetividade aos princípios estruturantes, estão o princípio da prioridade absoluta; da participação popular; da descentralização político-administrativa; da desjurisdicionalização; da despolicialização; da humanização e da ênfase nas políticas sociais básicas.

A teoria da proteção integral requer a compreensão de que todas as crianças e adolescentes sejam os beneficiários de políticas sociais básicas e de proteção especial. Contudo, essas políticas não podem estar revestidas de um caráter assistencialista. As mesmas devem traduzir-se em ações político-administrativas, de implantação de mecanismos jurídicos e processuais, além de políticas públicas de atendimento, comprometendo a família, a sociedade e o poder público.¹¹⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, ao estabelecer a prioridade absoluta às crianças e adolescentes, permite antever o mesmo como instrumento de garantia de direitos comprometida com o reconhecimento, a efetivação e o aperfeiçoamento da cidadania de crianças e adolescentes. O sentido e o alcance social e jurídico desse princípio implicam no fato de que crianças e adolescentes devem estar sempre em primeiro lugar na escala de preocupações, em que família, comunidade, sociedade e estado são responsáveis. Ou seja, todos têm o dever de agir em prol do atendimento prioritário das necessidades básicas que se constituem no conteúdo material da cidadania¹¹¹.

Além da responsabilização compartilhada entre Estado, sociedade e família, a teoria da proteção integral estabelece que o princípio da prioridade absoluta deve ser observado no que se refere à garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

As balizas conceituais, metodológicas e operacionais do princípio da prioridade absoluta que sustentam o Direito da Criança e do Adolescente estão assentadas em quatro justas-causas, conforme destaca Lima¹¹²: crianças e adolescentes são seres humanos que ainda não atingiram o desenvolvimento físico, psíquico, mental, afetivo e espiritual; não conhecem de modo pleno seus direi-

¹¹⁰ LIMA, 2001, p. 177.

¹¹¹ LIMA, 2001.

¹¹² LIMA, 2001.

tos; não dispõem de meios para suprir suas necessidades básicas; e não tem condições de defender eficazmente os seus interesse e os seus direitos.

O princípio da prioridade absoluta representa a primazia em receber proteção e socorro em qualquer circunstância; a precedência no atendimento nos serviços públicos; a preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas, e a destinação privilegiada de recursos públicos às áreas que protegem a infância e juventude. Ainda, elava as crianças e adolescentes à condição de sujeito de direitos, fazendo-as titulares de direitos fundamentais.¹¹³

Do princípio da prioridade absoluta decorre o princípio do melhor interesse da criança introduzido no cenário brasileiro apenas na década de 1990, enquanto que desde o século XVIII, na Inglaterra, o mesmo já vigorava. Contudo, mesmo que tardiamente inserido no ordenamento jurídico protetivo da infância, o mesmo deve ser observado quando da aplicação do direito da criança e do adolescente, devendo prevalecer a primazia do interesse da criança. Assim, o princípio do melhor interesse “é aplicado como um padrão que considera, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.¹¹⁴

O princípio do interesse superior da criança e do adolescente, que tem presença marcante na tradição do direito costumeiro, do direito codificado e do direito internacional, foi recepcionado pela Convenção sobre os Direitos da Criança e transformou-se em uma das principais balizas valorativas do novo regime jurídico sobre direitos infanto-juvenis. Nos sistemas jurídicos estatais auxiliou no processo de evolução doutrinária e jurisprudencial em favor do fortalecimento da cidadania de crianças e adolescentes.¹¹⁵

Para cumprir seu papel de garantia da realização dos direitos da criança, o princípio também serve de critério hermenêutico e de orientação da legislação e das práticas que não se encontrem expressamente reguladas.¹¹⁶ Da mesma forma, o princípio do superior interesse da criança vincula o poder público e a sociedade, de modo que “todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social, públicas ou privadas, tribunais, autoridades

¹¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹¹⁴ PEREIRA, 2008, p. 44.

¹¹⁵ LIMA, 2001.

¹¹⁶ LIMA, 2001, p. 213.

administrativas ou órgãos legislativos, terão como consideração primordial os interesses superiores da criança”.¹¹⁷

O princípio do interesse superior da criança é uma das balizas axiológicas do sistema jurídico de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Desse modo, o princípio tem “efeito jurídico de obrigar as diversas autoridades e instituições privadas de atendimento à criança a considerar o “interesse superior da criança” como fator primordial ao exercício de suas atribuições”¹¹⁸ e configura-se como um instrumento de caráter garantista de realização dos direitos fundamentais.

Assim, a consolidação do reordenamento ocorreu com a adoção da teoria da proteção integral, que reconhece “que a criança é um verdadeiro sujeito de Direito, em condição peculiar de desenvolvimento, a merecer proteção especial e a ter absoluta prioridade na realização dos seus direitos”.¹¹⁹

No mesmo sentido, Pereira¹²⁰ refere que “ser ‘sujeito de direito’ significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”. A mudança de concepção passa a exigir um novo olhar e implica a adoção de novas ações no atendimento das necessidades e interesses das crianças e dos adolescentes.

Diante das disposições consagradas na Convenção sobre os Direitos da Criança e nos demais instrumentos normativos contemporâneos, é necessário um novo olhar sobre a infância, que não pode mais ser vista meramente como uma fase de preparação ao mundo adulto, na qual as crianças devem ser ensinadas a desempenhar os papéis que o mundo adulto lhe exigirá. Por outro lado, a infância também não pode ser vista como a fase da inocência, na qual a criança deve ser protegida de todos os males e de todas as influências que possam comprometer a formação do seu caráter e que, mais tarde, poderão comprometer a sua atuação na sociedade. Assim, as concepções menoristas, assentadas na falsa premissa de proteção, devem ser superadas.

A teoria da proteção integral concentra o arcabouço doutrinário, legislativo e social que assegura a proteção dos direitos fundamentais de crianças e ado-

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 314.

¹¹⁸ LIMA, 2001, p. 211.

¹¹⁹ BONTEMPO, 2008, p. 834.

¹²⁰ PEREIRA, 2008, p. 20.

lescentes garantidos pela Constituição Federal e pelos documentos internacionais que tratam do tema.

A base da teoria da proteção integral é a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção material plena de crianças e adolescentes, sendo que esses devem ser considerados em sua perspectiva unitária e interdependente.¹²¹ Assim, todas as ações e programas devem ser elaborados a partir dessa perspectiva ampla de proteção. Tanto é assim, que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 212, que para assegurar a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Estatuto, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

O Direito da Criança e do Adolescente está assentado no reconhecimento de direitos especiais e específicos. Esses direitos estão em relação direta com os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, assim como pelas Convenções e Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos e direitos fundamentais. Por outro lado, também serve como critério para interpretação das normas protetivas dos direitos de crianças e adolescentes. O conjunto de pressupostos e valores que fundamentam a teoria da proteção integral estabelecem os limites e o alcance das normas.

A teoria da proteção integral é a base epistemológica para a interpretação dos comandos constitucionais e demais normativas nacionais e internacionais. Assim, a interpretação dos instrumentos jurídico-protetivos dos direitos das crianças e adolescentes deve ter como critério hermenêutico os pressupostos da teoria da proteção integral. Contudo, em momento algum, é possível desconsiderar os direitos humanos e fundamentais, pois a “verdadeira doutrina embasadora de tudo isso é a teoria geral dos direitos humanos, em suas dimensões ético-política e jurídica”.¹²²

Apesar de formar um sistema indissociável, o ordenamento jurídico possui subsistemas ou microssistemas que, de modo algum, afetam a segurança jurídica ou promovem a fragmentação da realidade jurídico-normativa. Ao contrário, a edição de legislações específicas, em consonância com os dispositivos constitucionais, promove uma proteção maior ao conjunto de cidadãos a que se destina. Isso ocorre em decorrência das mudanças sociais, políticas, culturais e econômicas que demandam novas regulações, justamente para atender as

¹²¹ MACHADO, 2003.

¹²² NOGUEIRA NETO, 2012, p. 03.

especificidades de cada grupo. A edição de legislação específica e a configuração desses microssistemas não afetam a completude do ordenamento jurídico.

A partir dessa perspectiva, o Direito da Criança e do Adolescente deve ser compreendido enquanto um sistema, visto que a ideia de sistema que traduz e concretiza a adequação valorativa e a unidade no interior da ordem jurídica e, nesse caso, as decisões judiciais são resultado desse processo complexo de compreensão de um ser histórico, que sofre influência das condições sociais e políticas. Assim, ao atribuir ao Direito da Criança e do Adolescente um caráter de sistema, se está compelindo a operar com uma teoria jurídica condicionada pela perspectiva dos fins e dos valores humanos, na qual as crianças e os adolescentes constituem os eixos valorativos, em torno dos quais todo o discurso e a práxis jurídica devem orbitar.¹²³

Contudo, a decorrência mais consistente da organização sistemática dos princípios e regras fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente foi a instituição de um Sistema de Garantias de Direitos que organiza no âmbito da esfera pública e privada um conjunto de responsabilidades, atribuições e competências para a formulação, controle e planejamento das políticas públicas de atendimento, proteção e justiça, instrumentos indispensáveis à garantia das condições básicas de desenvolvimento humano de crianças e adolescentes no contexto do Estado democrático e de Direito.

Conclusão

Compreender os processos sociais, históricos, políticos e jurídicos para a efetivação dos preceitos constitucionais e internacionais de proteção aos direitos das crianças e adolescentes no Brasil requer um olhar atento e detalhado, no marco da Constituição Federal de 1988, que consagrou a proteção integral, superando as concepções menoristas que até então orientavam o atendimento às crianças e adolescentes brasileiros.

Da mesma forma, delineou um novo cenário em relação às crianças e adolescentes, pois a partir da sua condição de sujeitos de direitos, os mesmos passaram a demandar políticas específicas destinadas ao atendimento prioritário dos seus interesses e necessidades. Com isso, a própria estrutura do Direito interno foi alterada, visando assegurar a efetividade dos direitos previstos

¹²³ LIMA, 2001.

constitucionalmente e promoveu a solidificação de um novo ramo, denominado Direito da Criança e do Adolescente.

Em face da complexidade das questões que envolvem as crianças e adolescentes e da multiplicidade de fatores e condições sociais, culturais, históricas e até econômicas que interferem na efetivação dos seus direitos fundamentais, o Direito da Criança e do Adolescente necessita de uma base epistemológica capaz de conferir os subsídios teóricos necessários para assegurar esses direitos, coibindo quaisquer ameaças ou violações aos mesmos. A teoria da proteção integral, resultado de um longo processo de construção e de reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, possui um substrato teórico consistente que possibilita a construção dos referenciais para a elaboração dos instrumentos necessários a efetivação dos direitos fundamentais e a prevenção contra toda e qualquer forma de violação.

A proteção integral, consagrada pelo texto constitucional, a partir de um arcabouço teórico e doutrinário consistente, se tornou a matriz teórica que sustenta o Direito da Criança e do Adolescente, assegurando a prioridade absoluta no atendimento das necessidades e direitos das crianças e adolescentes em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. E, em razão dessa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a proteção integral assegura um conjunto de garantias e de prerrogativas que devem ser garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família. A consagração dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro formatou a estrutura do Direito da Criança e do Adolescente, que passou a se orientar a partir da proteção dos direitos fundamentais, estendidos a todo e qualquer cidadão, incluindo-se as crianças e adolescentes.

O Direito da Criança e do Adolescente voltado à garantia e proteção dos direitos fundamentais, está assentado em princípios que o sustentam e que são, ao mesmo tempo, critério hermenêutico para a interpretação das normas que asseguram a proteção integral e a prioridade absoluta, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal de 1988. Esses princípios orientam o ordenamento jurídico e se constituem no fundamento para a aplicação das normas protetivas, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais tutelados constitucional e estatutariamente.

Ao romper com as doutrinas menoristas, o Direito da Criança e do Adolescente busca afirmar o valor intrínseco da criança e do adolescente enquanto seres humanos titulares de direitos fundamentais. Os princípios que orientam

esse ramo do direito servem de orientação e de critério hermenêutico quando da interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais e das normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, apesar da proteção integral e da prioridade absoluta que asseguram o respeito e a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e que encontram abrigo na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda persistem formas de violação e de ameaças a esses direitos.

Por outro lado, mesmo que superada a discussão acerca da hierarquia normativa, a proteção integral, que sustenta o Direito da Criança e do Adolescente, exige que a interpretação das normas protetivas, internacionais ou nacionais, incluindo as constitucionais e as demais disposições infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A proteção integral, consagrada pela Constituição Federal, constitui-se no fundamento de sustentação do Direito da Criança e do Adolescente e prevê a garantia de efetivação dos seus direitos fundamentais, com prioridade absoluta. Visando atender a essas disposições, foi constituído o sistema de garantia de direitos, composto por diferentes órgãos e instituições que tem como objetivo garantir a plena efetividade dos direitos das crianças e adolescentes, prevenindo qualquer ameaça ou violação aos mesmos.

Os avanços conferidos pela consagração da proteção integral pela Constituição Federal de 1988 e reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, não podem ser sobrepujados pela força dos interesses econômicos, nem pela passividade e omissão da sociedade frente à contínua violação de direitos de crianças e adolescentes. Os interesses a serem defendidos são justamente os interesses das crianças e dos adolescentes que, em razão da sua condição peculiar de desenvolvimento, são os sujeitos de direitos que devem ser respeitados por todos, Estado, sociedade e família, visando assegurar o princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

Historical and principiological foundations of Children's and Adolescent Law: conceptual bases of the theory of integral protection

Abstract

The adoption of integral protection theory – a political and legal option that resulted in the realization of a right based on the concept of democracy - promoted legal, political and institutional reorganization with the establishment of new competencies for those responsible for the achievement of the rights of children and adolescents. With this, it moved from a minority conception, based on the doctrine of the irregular situation, to a conception of children and adolescents as subjects of rights based on the theory of integral protection, as a result of internationally inspired political and juridical movements. The purpose of this study is to understand the historical and fundamental principles of Child and Adolescent Law from the conceptual bases of the theory of integral protection consolidated in Brazilian law. The aim of this paper is to analyze the founding elements of integral protection theory that can explain the conceptual and systematic foundations of the Law of Children and Adolescents in contemporary Brazil, based on the method of deductive approach, monographic procedure and bibliographic and documentary research techniques.

Keywords: Child. Adolescent. Human Rights.

Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 3 – Derechos sociales fundamentales. Santiago, Chile: Librotecnia, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMUCHÁSTEGUI, Jesús G. *Los límites de los derechos fundamentales, Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ARIÈS, Phillippe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. O Direito das Crianças à Plena Fruição dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: O direito de ter direitos no Futuro In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 16.07.1990 e retificado em 27.09.1990.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coordenador). *Direito Constitucional*. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*. V. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir, SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia. (Orgs.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DECLARAÇÃO DE GENEVRA. Aprovada em 26 de setembro de 1924 pela Assembleia da Liga das Nações. Genebra, 1924.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Transferência da economia direcionada ao crescimento e ao alcance do progresso social sob a égide da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, Ano 17, Jan-Mar 2009, p. 172-191. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

LIMA, Miguel M. Alves. *O Direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARSHALL. Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENDEZ, Emílio Garcia. Das relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los derechos del niño en América Latina (1989-2009). In: *Revista Interna-*

cional de História Política e Cultura Jurídica. v. 3, n. 1, janeiro-abril 2011, p. 117-141, Rio de Janeiro.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. *Instrumentos de promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente, enquanto direitos humanos especiais de geração*. Instrumentos normativos internacionais de promoção e proteção: a convenção sobre os direitos da criança. 2012. Disponível em: <<http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/ANALISE-HISTORICA-SOBRE-OS-23-ANOS-DO-ECA.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

OIT (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). *Respostas políticas e legislativas modernas ao trabalho infantil*. Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC). Lisboa, Etigrafe, Artes Gráficas, Lda., 2009. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/pub_trabinfantil.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: DOU de 22.11.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 9 mar. 2017.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

PILOTTI, F. *Globalización y convención sobre los derechos del niño: el contexto del texto*. Washington: OEA, 2000.

PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. *A arte de governar crianças*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

PIOVESAN, Flávia (coord. Geral.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

PRIORI, Mary Del. *História das crianças no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito da Criança e do Adolescente: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-728, set/dez 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, nº. 09, jan./jun. 2007, p. 361-388.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAUT, Roberto Diniz. *O novo Direito da Criança e do Adolescente – uma abordagem possível*. Blumenau: Edifurb, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB Editora, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma teoria crítica do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.