

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E CIDADÃO E A TEORIA DO DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO (*SCHUTZPFLICHT*): OS PRIMEIROS PASSOS DO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Felipe da Veiga Dias¹

Tamiris Alessandra Gervasoni²

Resumo: O presente estudo analisa os efeitos paradigmáticos da declaração dos Direitos do Homem e Cidadão em relação à dignidade humana, e respectivas repercussões no reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes. Diante da evolução do Estado e dos direitos humanos, observa-se a influência destes na garantia e proteção dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescente, visto que, diante da teoria do dever constitucional de proteção (*Schutzpflicht*), a própria postura do Estado será revista, ou seja, alterando-se de uma postura negativa para uma postura positiva, no sentido de proteger os direitos fundamentais. O estudo em tela avalia que a partir da teoria da proteção integral, sendo reconhecido às crianças e aos adolescentes não só a dignidade humana, mas como todos os direitos humanos e fundamentais, tais direitos devem ser garantidos a eles de forma adequada e suficiente, observando-se a característica de sujeito em desenvolvimento e também o melhor interesse da criança e do adolescente, à luz da teoria do dever constitucional de proteção (*Schutzpflicht*), buscando, justamente, consolidar ideais na construção de um mundo mais humano e justo.

Palavras-chave: Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão; Direitos Humanos. Dignidade Humana; Infância. Dever constitucional de proteção.

Abstract: This study analyzes the effects of paradigmatic declaration of Human Rights and Citizen in relation to human dignity, and their impact on the recognition of human and fundamental rights of children and teenagers. Against the evolution of the state and human rights, to observe the influence of these on the guarantee and protection of human rights and fundamental rights of children and teenagers, whereas, on the theory of constitutional duty of protection (*Schutzpflicht*), the very posture of the State will be reviewed, ie, by changing a negative attitude to a positive attitude in order to protect

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da CAPES (nº 12333/13-1) - Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Santa Maria – RS. Brasil. Integrante dos Grupos de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (GRUPECA/UNISC). Advogado – felipevdias@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Santa Cruz do Sul. RS. Brasil. Integrante do Grupo de Estudos Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos, coordenado pela Prof. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Bolsista de Iniciação Científica FAPERGS. E-mail: tamirisgervasoni@gmail.com.

fundamental rights. The study estimates that screen from the theory of integral protection, being recognized for children and teenagers not only human dignity , but like all human rights and fundamental rights, such rights must be guaranteed to them appropriately and adequately, noting the characteristic of the developing subject and also the best interests of the children and teenagers, the light of the theory of constitutional duty of protection (*Schutzpflicht*), seeking precisely consolidate ideals in building a more humane and just world .

Key-words: Declaration Rights of Man and Citizen; Human Rights. Human Dignity. Childhood; Constitutional duty of protection.

1 Introdução

O artigo em tela dispõe-se na tarefa de estruturar algumas bases no estudo dos direitos humanos, e para tal incumbência dever-se-á pautar alguns pressupostos de compreensão, tais como o desenvolvimento do Estado. O reconhecimento do perfil estatal constitucional originário, combinado aos aspectos sociais que o cercam, auxiliam no entendimento da peça central do estudo dos direitos humanos, ou seja, a declaração dos Direitos do Homem e Cidadão.

Partindo-se destes pressupostos analisa-se o marco protetivo dos direitos humanos e fundamentais na história, para ao final especificar o contexto brasileiro. As vertentes analisadas levam ao encontro da matriz da dignidade humana como elemento inestimável da base evolutiva dos direitos humanos, concebidos desde a declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, mas em especial a proteção dos direitos da criança e do adolescente, haja vista que o reconhecimento das suas singularidades guarda conexão com tal conteúdo valorativo.

Neste sentido, tem-se que após a compreensão da trajetória histórica do Estado Moderno, necessária para o estudo dos direitos humanos, visto que a conquista destes em muito se deu pela mobilização de movimentos sociais ao longo da história, deve-se destacar também o contexto configurado pelo período pós-segunda guerra mundial no qual foi concebida a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Desta forma, após o reconhecimento dos direitos humanos, bem como da dignidade humana como um dos princípios basilares da Constituição Federal Brasileira, o Estado e sua atuação são pautados por tais ditames, justamente voltados a concretizá-los e protegê-los.

Portanto, o presente artigo, pretende também demonstrar que após o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, da dignidade humana, diante da teoria da proteção integral, sendo às crianças e os adolescentes considerados como sujeitos de direitos, ou seja, destinatários e merecedores de todos os direitos fundamentais, este devem ter tais direitos concretizados e protegidos de forma suficiente e eficaz, de acordo com os parâmetros constitucionais pré-estabelecidos, justamente, conforme preza a teoria do dever constitucional de proteção (*Schutzpflicht*).

2 Contextualização social, histórica e estatal: breves considerações

A atual definição de Estado em muito difere daquela primariamente prevista junto aos teóricos contratualistas sociais, sejam pelas mudanças fáticas, políticas, sociais, ou qualquer outra razão, a conclusão a que se pode chegar de forma rápida de análise, é a ocorrência da mutação do Estado como foi originalmente concebido. Isto posto, se faz necessária uma abordagem das concepções históricas do Estado, antes de adentrar-se no ponto referente aos direitos fundamentais e humanos dentro desta nova ordem estatal.

Apesar de alguns doutrinadores abordarem formas estatais remotas, por exemplo, o Estado Antigo, Grego, Romano, Medieval, dentre outros (DALLARI, 2002, p. 60 -62), há especial relevância à revolução francesa de 1789, que remonta a época em que os direitos humanos e fundamentais tomavam seu impulso inicial, junto a primeira formatação estatal constitucional, e anteriormente a esta a declaração de independência das colônias norte-americanas em 1787³.

Principalmente ao falar-se de modificações na disposição de comando, a revolução iluminista teve grande importância, já que trouxe consigo a estrutura de pensamento racionalista, para, através dele, afastar do governante a idéia de divindade,

³ “Três foram os acontecimentos históricos decisivos para o triunfo da plataforma liberal: a Revolução Gloriosa inglesa (1688), seguida do *Bill of Rights* (1689); a independência das colônias inglesas da América do Norte (1776), à qual seguiram-se a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* (1791); e a Revolução Francesa (1789), com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) e a primeira Constituição francesa (1791). Essas três grandes revoluções selaram a vitória do constitucionalismo revolucionário liberal setecentista e criaram as condições políticas para a construção, no oitocentos, do Estado Liberal de Direito, também denominado ‘Estado burguês de Direito’ (Carl Schmitt) ou simplesmente ‘Estado de Direito’ [...]”. (STEINMETZ, 2004, p. 67). Também contribui a construção histórica de Gorczewski (2009, p. 119 – 120).

bem como alterar o objetivo do Estado, deixando de lado a política centralizada para a de interesse social, ou seja, o benefício de todos, neste caso separando interesses públicos e privados. (MIRANDA, 2002, p. 22).

Dentre as diversas às alterações na estrutura do Estado daquela inicialmente constituída, algumas delas podem ser aludidas a partir das revoluções, ou ainda das alterações do sistema econômico que emergia, o capitalismo, e juntamente com ele crescia o poder de uma classe social, a burguesia (BONAVIDES, 2004, p. 31)⁴.

Assim, a burguesia aspirou após a virada do séc. XVIII mais do simplesmente o poder econômico, ela queria poder político, crescer dentro do seio social (STRECK, MORAIS, 2006, p. 51). A partir de fatos como este, fortaleceram-se fatores necessários para superação definitiva do absolutismo, com o surgimento do capitalismo, fortalecimento da burguesia, a necessidade da diminuição do poder do governante fundada no racionalismo, constituiu instrumentos para o reconhecimento e desenvolvimento de direitos e da própria concepção de Estado, com especial ênfase na perspectiva do Estado-Nação. Segundo Dallari (2002, p. 132):

surge, então, como pura criação artificial, o conceito de Nação, que seria largamente explorado no século XVIII para levar a burguesia, economicamente poderosa, à conquista do poder político. Era em nome da Nação que se lutava contra a monarquia absoluta, dando-se a entender que era justo e necessário que o povo assumisse o seu próprio governo. Com a Revolução Americana e a Revolução Francesa, a Nação, em cujo nome se pretendia o governo do Estado, passa a ser identificada com o próprio Estado.

A partir deste contexto surge a necessidade de transformar a Nação em Estado Constitucional de Direito, este último tomou força com base nas teorias contratualistas de matriz jusnaturalista, determinando quais os termos para o exercício do poder e que liberdades e garantias possuiriam seus membros na reconhecida condição de cidadãos.

Assim este novo modelo de legitimação da lei como forma de expressão de poder fundamenta-se na legitimidade expressa pela vontade do povo (LEAL, 2007, p. 16) permitindo, a proclamação de direitos do cidadão como fonte de inspiração

⁴ A obra de Koselleck (2004, p. 31) traz importante contributo ao conhecimento histórico da burguesia.

burguesa que seria chamada de primeira dimensão dos direitos fundamentais⁵, bem como, do surgimento do conceito de liberalismo social; levando à subdivisão das competências do Estado com a tripartição dos poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário, e por fim o reconhecimento da Constituição como fonte única a legitimar o poder do Estado produzindo a unificando do ordenamento jurídico.

Desta forma, entende-se os motivos da opção neste período por constituições escritas para fundamentar o Estado, já que o desejo de maior força era impedir o retorno as antigas raízes absolutistas, algo que foi conquistado através de muitos embates sociais. Com força nos teóricos existentes, o modelo de tripartição dos poderes tomou forma e prestígio, assegurando liberdades do homem e contendo o poder governante.

Esse sistema, visando garantir a liberdade do indivíduo, está intimamente ligado à idéia de democracia e ao modelo estatal de caráter liberal, pois, como afirmam Streck e Morais (2006, p. 181), a teoria da Tripartição dos Poderes foi implementada na “tentativa de estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade”. E, como bem explica Dallari (2002, p. 219), “o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Democracia”.

Observa-se que somente com o surgimento das constituições escritas os Estados foram definitivamente criados e organizados para atingir sua finalidade. O poder do governante foi limitado e os direitos dos cidadãos foram garantidos de forma superior ao próprio poder de governo. O Estado Antigo foi a matriz de idéias políticas que ressurgirão junto com a concepção do Estado Moderno, tais como: a participação nas decisões públicas e a democracia; a centralização do poder do Estado; a orientação segundo os fundamentos valorativos de liberdade, igualdade e fraternidade.

3 A declaração dos Direitos do Homem e Cidadão e sua progressão espaço-temporal na proteção de direitos humanos

⁵ Para esse estudo optou-se pela expressão “dimensão”, por compreendê-la mais adequada do que “geração” de direitos fundamentais, posição essa corroborada por Sarlet (2009, p. 45).

A compreensão dos fundamentos do Estado Moderno e de sua trajetória histórica são absolutamente necessários para o estudo dos direitos humanos, pois seu reconhecimento é resultado de luta e mobilização dos movimentos sociais que ao longo da história produziram fatos exigindo a garantia de direitos capazes de atender as necessidades de desenvolvimento humano.

A influência do pensamento político moderno, com Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, é notável no quadro de conquistas dos direitos dos humanos, e tem nos períodos revolucionários, em especial o francês, o caráter de universalidade do pensamento político que propagará através dos ideais do liberalismo na defesa de direitos do homem reconhecendo sua condição de cidadania formal, excluindo todo o restante da população, fundamentando-se no pensamento jusnaturalista conservador, mas garantindo algumas prerrogativas de resistência contra a vontade de império dos soberanos⁶.

A manifestação que representou os ideais revolucionários ficou conhecida como a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, sendo um marco na luta por direitos humanos e que afirmava no seu artigo 1º as concepções de igualdade e liberdade entre todos os homens⁷. Neste documento ocorre a exaltação das concepções jusnaturalistas e iluministas, mas ao mesmo tempo representa o primeiro passo no reconhecimento dos direitos humanos, já que a irradiação dos efeitos desta era um objetivo dos revolucionários.

Igualmente, a defesa dos ideais da Revolução Francesa, como “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, os quais fundamentaram a declaração também ocasionaram, no decurso do tempo, diversas conquistas embora nem todas mantidas, como por exemplo, no tocante a igualdade afirma Comparato (1999, p. 118):

na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam há séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de

⁶ “A obra de Rousseau serviu de luzeiro para Revolução Francesa e exerceu profunda influência no liberalismo político. A tese difundida pelo filósofo teve antecessores jusnaturalistas que já haviam tentado arrancar da penumbra as medidas pactícias que explicavam o advento do Estado a partir do respeito correlato aos direitos da pessoa como criatura social”. (CARVALHO, 1998, p. 35).

⁷ Artigo.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a barreira da desigualdade entre os sexos.

Ainda é preciso registrar que em 1792 um decreto da Assembléia Legislativa declarou que auxiliaria, oferecendo fraternidade, a todos os povos que desejassem reaver a sua liberdade, demonstrando a universalidade almejada pelos revolucionários franceses.

Houve outras modificações, ainda que oriundas dos efeitos da declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, nos períodos posteriores, possuindo considerável relevância a Constituição Francesa de 1848 que pela primeira vez na história aboliu a pena de morte; a Convenção de Genebra de 1864; o Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890 sobre repressão ao tráfico de escravos africanos e a significativa importância para o reconhecimento de direitos sociais previstos nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

A Constituição de Weimar terá real importância como influência para evolução das instituições políticas ocidentais. Na opinião de Comparato (1999, p. 184) encontra-se nesta carta constituinte o fundamento de um perfil de Estado galgado na democracia social e ao mesmo tempo inspirado por ideais proclamados no período revolucionário francês elevam a dignidade humana a matriz jurídico-axiológica do direito moderno. Aponta o autor referido que aquelas constituições (mexicana e alemã) traçaram os parâmetros posteriormente seguidos, os quais tiveram sua implementação difundida com certo atraso devido ao período nazifascista, o qual marcou um retrocesso no caminho dos direitos humanos.

Seguindo as situações mais importantes na linha histórica de conquistas dos direitos humanos, cita-se a Convenção de Genebra de 1926 (sobre a escravatura), Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra de 1929 e a Carta das Nações Unidas de 1945 (CARVALHO, 1998, p. 56). Esta última de magnitude singular, pois dentro de uma ideia global de paz (e conquista de direitos humanos) o papel da ONU foi e continua sendo muito relevante.

Em 1948 sob a influência do período pós-segunda guerra mundial foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora concebida inicialmente como

uma fase procedimental dentro do planejamento da Comissão de Direitos Humanos, é fato pacífico na órbita jurídica de que direitos humanos independem de formalismos legais como, por exemplo, a positivação. Em um contexto sintético a doutrina tipifica esses direitos constitucionalmente garantidos como fundamentais, dentro de uma ordem jurídica interna, já os direitos humanos englobariam uma ordem jurídica internacional, desta maneira não estando vinculados as definições básicas da lei. (SARLET, 2009, p. 29).

Ao mencionar-se a importância desta declaração, compactua-se com o pensamento de Ferreira Filho (1998, p. 53), quando este entende tal documento como uma coroação de direitos de duas dimensões diversas, individuais e sociais. Tal assertiva serve tanto no sentido dos direitos humanos como fundamentais.

Este documento resgata princípios emergentes na revolução francesa, e na declaração de direitos do homem e cidadão, como liberdade, fraternidade e igualdade, contudo conforme dito anteriormente a declaração havia sido feita como uma fase de um procedimento, no qual se deu seguimento em 1966 com o Pacto sobre Direito Cívico e Político e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CARVALHO, 1998, p. 59).

Cabe apenas lembrar que o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos possuiu dois protocolos facultativos posteriores, sendo o segundo datado de 1989 objetivando a abolição da pena de morte. Neste ano também data importante discussão internacional com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Outrossim, entre o período aludido e os dias atuais ocorreram mais acordos no âmbito internacional com fins de assegurar de direitos humanos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e que reiterou muitas das disposições no Pacto de 1966; pode-se fazer menção ainda a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981, a Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 assinada no Rio de Janeiro.

Alguns destes acordos internacionais demonstram os novos interesses por parte da comunidade internacional, visando uma preocupação extensiva dos Estados

para além de suas preocupações internas e oferecendo propostas de cuidado na defesa de objetivos de futuras gerações.

Diante disso, compreende-se que desde a declaração dos direitos do homem e cidadão, progrediu-se muito na defesa dos direitos humanos, sendo que tal documento serviu e permanecerá como uma referência no caminho traçado até os dias atuais. Não obstante, um de seus efeitos foi à condução ao prisma da dignidade da pessoa humana, o qual pauta não somente Estados e suas respectivas políticas públicas, mas também os direitos humanos nas modernas Cortes internacionais.

4 A conquista da dignidade humana como estratégia de efetivação dos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes: um novo paradigma de proteção suficiente a partir do dever constitucional de proteção.

As origens teóricas da declaração dos direitos do homem e cidadão deu vazão ao desenvolvimento da visão hodierna dos direitos humanos, a qual obviamente passou por momentos de avanço e retrocesso, porém, sem reduzir a estima do patamar alcançado na incumbência universalizante de valores. Demonstração disto é o chamado princípio da dignidade humana, o qual obviamente perpassa por ideais concebidos na referida declaração, na direção da igualdade, liberdade e fraternidade.

Conforme aduz Comparato (1999, p. 403) quando toca no ponto acerca da amplitude da dignidade da pessoa humana, e como ela vem sendo tratada pelos países, ganhando em importância e grandeza dentro de uma visão protecionista de direitos humanos e fundamentais, ao final no século XX:

o respeito à dignidade da pessoa humana foi em seguida se estendendo, progressivamente, dos indivíduos aos grupos ou classes socialmente carentes (direitos econômicos, sociais e culturais), aos povos (direito à existência enquanto tal, direito de autodeterminação, direito à democracia, direito ao desenvolvimento), para alcançar enfim, no encerramento do século XX, a própria humanidade em seu conjunto. Completada a ocupação física do planeta, a espécie humana passa a concentrar-se sobre si mesma e prepara-se para assumir a posição de sujeito máximo da História.

Analisando o Brasil no contexto internacional de direitos humanos observa-se o reconhecimento como direitos fundamentais de boa parte das garantias defendidas no direito internacional, já aplicadas no texto constitucional de 1988. No entanto, o país

carece de maior protagonismo no âmbito do reconhecimento interno de novos direitos e no seu papel político na propagação destes direitos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, tais como o reconhecimento dos direitos homoafetivos, ao Estado laico, o direito à diversidade, a proteção universal aos bens comuns da humanidade, à democracia distribuída, os direitos à dignidade animal e toda a gama de novos direitos reivindicados pelos movimentos sociais contemporâneos do século XXI.

O legislador pátrio, muito provavelmente pelas violações ocorridas no período antecedente de ditadura militar, tratou de colocar a salvo todos os direitos liberais clássicos, mas avançou ao garantir a realização de direitos sociais e ambientais por meio de políticas públicas de caráter descentralizado e com deliberação popular-participativa; ressignificando assim a perspectiva clássica de direitos humanos e oferecendo no plano constitucional garantias jurídicas contra as arbitrariedades políticas decorrentes dos riscos de expansão do modo capitalista excludente de produção, que na atualidade ganha, outra vez, relevância com a expansão do discurso político de crise econômica e do reordenamento neoliberal dos Estados europeus.

Restando clara a posição garantista do legislador originário nacional, ao colocar como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana⁸, um comprometimento interno e externo ao mesmo tempo. Sendo esta espécie de conduta uma demonstração transformadora na proteção dos direitos humanos na medida em que se reconhece sua fundamentalidade.

O enaltecimento progressivo de defesa dos direitos humanos e fundamentais, ao adentrar-se no tema da dignidade humana é plenamente justificável, pois com esta toma-se não somente um alicerce jurídico (contabilizando-se todo o aprofundamento teórico-dogmático construído nos últimos tempos – como a dupla função principiológica)⁹, mas também filosófico, haja vista que o reconhecimento doutrinário no sentido de este ter uma matriz kantiana, ou seja, valorizando o indivíduo em sua

⁸ Adiciona-se aqui o posicionamento acerca da relação entre República e dignidade humana, nas palavras de CANOTILHO (2004, p. 225).

⁹ “Além da função legitimatória da própria ordem jurídica, o princípio da dignidade humana possui um papel limitador da conduta dos particulares uns com os outros e da atuação estatal e suas ingerências sobre a dignidade dos homens. [...] A par desta função limitadora, negativa, há que se destacar uma função prestacional ou positiva, consistente na promoção e realização de uma vida com dignidade para todos, no dever estatal de proteger a dignidade das pessoas das ofensas de terceiros e do próprio Estado”. (CARVALHO, 2007, p. 294 – 295).

singularidade e vedando tratamentos “coisificantes”¹⁰. A adoção de uma visão deste porte foi e ainda é inestimável, visto que ela despreza as óticas de objeto ou ferramenta, ofertadas a crianças e adolescentes durante longo período histórico brasileiro¹¹.

Assim, o filtro dos direitos humanos, em especial da dignidade humana, traz uma carga axiológica e jurídica diferenciada, afetando diretamente o prisma do moderno direito da criança e do adolescente. Afirma-se isto também com base no retorno realizado por doutrinadores, no sentido de que todos os direitos (humanos e) fundamentais guardariam vínculos com a dignidade humana. Neste sentido utiliza-se as palavras de Sarlet (2008, p. 83):

se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda.

A percepção do incremento deste novo alicerce ético-jurídico após a segunda guerra mundial coaduna com o fortalecimento do pensamento universal dos direitos humanos, tanto nas linhas internacionais quanto nacionais. Este fato reflete-se na seara do direito da criança e do adolescente, já que o recrudescimento destas bases possibilitou a ampliação do debate internacional¹² dos seus direitos humanos, reconhecendo-se a eles aspectos de dignidade ímpar, tais como a peculiaridade de cuidados e desenvolvimento.

Desta forma, a formatação dos atuais arcações teóricas sobre a garantia de direitos de crianças, adolescentes e jovens com a teoria da proteção integral (COSTA,

¹⁰ “De qualquer modo, incensurável, isto sim, como teremos oportunidade de demonstrar no próximo segmento, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”. (SARLET, 2008, p. 37). Em igual sentido a posição de Rodriguez (2007, p. 45 - 46).

¹¹ Acerca do tratamento de crianças e adolescentes na história nacional cabe observar a obra de Priore (2004).

¹² Diversos são os documentos internacionais e convenções debatendo a temática dos direitos humanos de crianças e adolescentes, nos quais é possível vislumbrar a preocupação com a especialidade que cercam tais seres humanos, conforme aduz a obra de Peyró (2004).

2011, p. 857; CUSTÓDIO, 2008), guardam suas devidas ligações com a dignidade humana, positivada inclusive no plano interno, bem como ao mesmo tempo reverberam as raízes dos direitos humanos, em todos os seus documentos internacionais, desde a primeira declaração dos direitos do homem e cidadão, até os passos futuros a serem trilhados na defesa destes ideais.

De fato, conforme já exposto, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece em seu texto constitucional diversos direitos, tidos como direitos humanos no âmbito internacional, como direitos fundamentais, como é o caso, e objeto de estudo no presente trabalho, dos direitos das crianças e adolescentes. Não obstante, além da configuração de tais direito como fundamentais, alia-se a teoria da proteção integral, representando, também, a necessidade de um sistema efetivo de garantia desses direitos. Neste sentido, diante de referida teoria, ao momento em que são reconhecidos todos os direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, não basta que estes fiquem somente no plano do reconhecimento, mas sim, que recebam efetiva promoção e proteção.

Assim, diante da proteção (suficiente) que carecem esses direitos, essencialmente pela condição de crianças e adolescentes que se encontram ainda em fase de necessidades peculiares e em desenvolvimento, é que o Estado deve cumprir de forma eficaz e suficiente o seu dever constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Por conseguinte, tenciona-se demonstrar a origem e a importância que possui a teoria do dever de proteção (*Schutzpflicht*) na atuação do Estado na proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, bem como, portanto, da dignidade humana.

O ponto de partida para a teoria do dever de proteção (*Schutzpflicht*) é observado no reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especificamente no célebre Caso Lüth¹³, decisão proferida pela Corte Constitucional alemã, na qual, aponta-se aqui sucintamente, ficou estabelecido que os direitos

¹³“[...] multicitada decisão proferida em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso Lüth, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido - mas nem por isso incontroverso - "efeito irradiante" dos direitos fundamentais) [...] ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”. (SARLET, 2013, p. 7).

fundamentais não se restringem a ideia de direitos subjetivos de defesa do indivíduo perante o Estado, mas que, devem ser aplicados nas relações entre particulares, devendo, assim, o Estado agir positivamente das proteção dos direitos fundamentais, independente de quem seja o causador de ameaça ou lesão a eles.

Mais tarde, o mesmo tribunal, ao pronunciar-se sobre a descriminalização do aborto, na decisão *BverfGE* 39, no ano de 1975, reconhece de modo expresso o dever de proteção (*Schutzpflicht*), firmando que ao Estado não seria mais admissível uma postura abstencionista no sentido de não atingir os direitos fundamentais, mas que ao revés, deveria agir na proteção destes, ainda que o ato violador de tais direitos fosse proveniente do próprio Estado¹⁴. Ao tratar novamente sobre o mesmo tema, no ano de 1993, na decisão *BverfGE* 88, 203, ao versar sobre o dever de proteção aos direitos fundamentais, o tribunal não conseguiu definir de que forma a atuação estatal deveria se dar na consecução de tal dever, contudo, determinou a proteção aos direitos fundamentais seria uma meta a ser alcançada, porém, careceria de observação a níveis de proteção:

a Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...] ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional (pelo TCF). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis[...]. (MARTINS, 2008, p. 280).

Portanto, ao tratar-se de uma proteção insuficiente (*untermassverbot*) a um direito fundamental, e, por conseguinte, violação a dignidade humana, a atuação executada ficou abaixo do mínimo estabelecido pela Constituição, mesmo que tal paradigma de “mínimo” seja um objetivo a ser buscado. A proibição de proteção insuficiente (*untermassverbot*) busca justamente proibir que o dever de proteção se dê de forma aquém do necessário à proteção e promoção dos direitos fundamentais, ou

¹⁴ “[...] o dever de proteção (*Schutzpflicht*) passou a ser entendido como o outro lado da proteção dos direitos fundamentais, isto é, enquanto os direitos fundamentais, como direitos negativos, protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger os indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas, sim, de atores privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos sociais controláveis pela ação estatal”. (STRECK, 2013, p. 6).

seja, a atuação na defesa e promoção de tais direitos deve ser apta e eficaz, essencialmente no cenário de crianças e adolescentes que carecem de prioridade absoluta em virtude de estarem em pleno e constante desenvolvimento.

Ressalta-se que a concretização de uma proteção adequada aos direitos fundamentais, observando a dignidade humana, bem como o atendimento de melhor interesse da criança e do adolescente não se submete ao alvedrio daqueles que atuam em nome do poder público, mas como corolário da proibição da proteção insuficiente (*untermassverbot*) é obrigação que se efetue uma proteção adequada aos direitos humanos e fundamentais, o que é uma faculdade neste contexto é forma de tal proteção, visto que a Constituição não traz uma pré-determinação, mas afirma tal dever¹⁵.

5 Considerações Finais

A construção evolutiva dos direitos humanos converge com o desenvolvimento estatal, este último não em sentido puramente organizacional, mas sim em complexidade axiológico-jurídico ou econômico-social, ou seja, diversos fatores influíram na alteração dos fundamentos estatais originais, e dentre eles esta toda a potencialidade dos direitos humanos.

O raiar destes dois pontos nucleares da compreensão da modernidade guardam outras similitudes, como o asseverou-se a inauguração do modelo constitucional estatal (liberal) compactua com a declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, esta demarcada aqui como pedra angular do caminho dos direitos humanos. Tal declaração teve peso e importância, não somente por ser o documento inicial no percurso protetivo dos referidos direitos, mas por trazer em seu bojo elementos que foram sendo constantemente ampliados e reforçados, para consolidar valores básicos na existência humana.

¹⁵ “[...] é tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal”. (BRASIL, 2013, p. 18).

Dito isto, a percepção das diversas manifestações internacionais e nacionais no sentido de garantir direitos humanos e fundamentais pode ser considerada fruto da aludida base ideológica, a qual modernamente vem se materializando em novas formulações, a fim de atender as demandas sociais mais variadas. Dentre as questões que poderiam ser comentadas, a dignidade humana tem sua considerável valia, em especial na seara dos direitos humanos de crianças e adolescentes reconhecendo-se a eles a dignidade e as peculiaridades que somente tal condição existencial oferece.

Ademais, a dignidade humana deve ser promovida e protegida – em grande parte – pelo próprio Estado, que, como se viu no presente estudo, deve atuar de forma positiva hodiernamente, justamente, e também, em face da teoria do dever constitucional de proteção (*Schutzpflicht*). Podendo-se considerar que ao concretizar e proteger os direitos fundamentais, a dignidade humana, de certo modo, também é protegida e concretizada, o Estado ao observar o dever de proteção a tais direitos, essencialmente no caso de crianças e adolescentes está concomitantemente protegendo a dignidade humana destes, desde que através uma proteção suficiente, observando os parâmetros constitucionais, considerando o melhor interesse da infância e as especialidades de seres em pleno e constante desenvolvimento.

Diante de todo o exposto, reforçam-se no tempo e espaço os ideais esculpidos na declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, e por conseguinte, a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a dignidade humana. Consequentemente recrudescem-se a proteção, garantia e a defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, em toda sua dignidade, para com isso consolidar ideais na construção de um mundo mais humano e justo.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.410/RS**. Segunda Turma, julgado em 06/03/2012. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). **Princípios penais constitucionais**: direito e processo penal à luz da constituição federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Ana Paula Motta. A perspectiva constitucional brasileira da proteção integral de crianças e adolescentes e o posicionamento do supremo tribunal federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais no supremo tribunal federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito** (UNISC). n.º 29, jan-jul., 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ – Contraponto, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig, **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Portugal: Coimbra Editora, 2002.

PEYRÓ, Ana-Paz Garibo. **Los derechos de los niños**: una fundamentación. Madrid: Ministerio de trabajo y asuntos sociales, 2004.

PRIORE, Mary Del (Org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2004.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. **Derechos humanos y justicia penal**. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *In: Revista dos Tribunais online*. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**

. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?** Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>, 11/07/2008. Acesso em: 10 set. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.