

O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança

BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção à criança. 3. O bloco de constitucionalidade e sua inserção na proteção à criança.

1. Introdução

O presente artigo¹ objetiva esclarecer a posição brasileira acerca da proteção à criança e apresentar a teoria da proteção integral, preconizada pela Organização das Nações Unidas na Declaração dos Direitos da Criança. Nesta linha de raciocínio, é desenvolvida a teoria baseada nas "necessidades subjetivas" que são essenciais a todas as crianças, formulada por Mendizábal Oses, para quem o não-atendimento dessas necessidades gera uma "carga" para os responsáveis, mesmo para o Estado, que desempenhará sua função tutelar na falta de outros.

Cabe um esclarecimento prévio, todavia, acerca da posição adotada quanto à fixação da idade da criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, alterada pela Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 – consignou no seu art. 2.º que

"considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescentes aque-

Bernardo Leônicio Moura Coelho é Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e, atualmente, é Técnico Processual do Ministério Público da União, atuando na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

¹ Este trabalho constitui um resumo da dissertação intitulada "A Proteção Jurídico-Constitucional da Criança", apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais no ano de 1993, sob a orientação do professor José Alfredo de Oliveira Baracho, para obtenção do grau de Mestre em direito constitucional.

la entre doze e dezoito anos de idade” (grifo do autor).

Não há, em qualquer documento normativo, referência similar a esta, encontrando parâmetros apenas no Direito Penal, quando diz respeito à agravante contida no praticar crime contra criança.²

Todavia, deve ser ponderado um aspecto de importância para o deslinde da questão.

O estabelecido no Direito da Criança, em relação a esta, deve prevalecer sobre todos os outros ramos da Ciência Jurídica, pois que é uma norma especial e, como tal, suplanta as normas gerais e diversas classificações dadas por outras disciplinas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada entre nós através do Decreto n.º 99.170/90, na sua parte I, art. 1.º, assim enuncia:

“Para efeito da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

Os tratados e convenções internacionais, após sua ratificação, integram a legislação, como no caso da Convenção sobre os Direitos da Criança. Na medida em que o Estado, por seu direito interno, aceita a norma definida no direito internacional, esta se transforma em norma jurídica com vigência plena no ordenamento jurídico interno.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado após a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Criança, razão pela qual esta prevalecerá no confronto de ambos com relação à caracterização da criança.

Buscando meios para tornar eficiente a proteção integral destinada à criança, o presente artigo procura enfatizar um novo instituto, ainda não contemplado por completo na doutrina pátria, que é o bloco de constitucionalidade. Trata-se de uma condensação de princípios que se situa num plano supra-constitucional e que servirá de parâmetro para decisões que envolvam os temas nele inseridos.

Seguindo o rumo traçado, procura selecionar algumas decisões judiciais em que o interesse da criança seja fator determinante, visto que a jurisprudência é um dos grandes formadores do bloco de constitucionalidade.

² Art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal.

Ao final, traça parâmetros, dentro do Direito da Criança, para a formação do bloco de constitucionalidade brasileiro.

2. A proteção à criança

A presente análise sobre a proteção à criança inicia-se com uma melhor colocação do tema em questões terminológicas.

A Constituição de 1988 procurou eliminar da vida social brasileira todas as formas de discriminação a qualquer pessoa. Para tanto, colocou a dignidade humana como fundamento do Estado e, entre seus objetivos fundamentais, incluiu a abolição de qualquer forma de discriminação.³

Tal discriminação, abolida constitucionalmente, entretanto, persiste ainda na área do Direito da Criança, que muitos insistem em denominar “Direito de Menores”, reduzindo a importância da criança como ser humano.

É necessário que a questão da proteção à criança seja melhor abordada, não apenas pelos estudiosos do tema, mas também pela sociedade civil, que diretamente lida com os desvios de conduta daquelas crianças não aceitas pelo sistema. Atente-se para a seguinte passagem, onde crianças de uma favela, apesar de colocadas à margem, demonstram ausência de discriminação com relação a pessoas estranhas ao seu meio:

“Há alguns anos, entrando com um grupo em uma favela para fazermos pesquisa, cruzei um bando de crianças que brincavam de escolinha, com lousa, professora e tudo. Ao nos ver passar, uma menina perguntou: - ‘O que é isso?’ A resposta de outra garotinha foi imediata e direta: - ‘É gente!’”⁴

Quando se faz referência a “menor”, não se está referindo ao próprio filho ou ao filho de pessoas privilegiadas economicamente.

³ Art. 1.º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

.....
III - a dignidade da pessoa humana.
Art. 3.º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

.....
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁴ DAMAZIÓ, Reinaldo Luiz - *O que é Criança*. 2.ª ed. Coleção Primeiros Passos. São Paulo, Brasiliense, 1991, pp. 7-8.

Quando se utiliza esse termo, coloca-se um tom pejorativo, socialmente ligado à palavra.

Em relação ao uso do termo "menor", condenando a discriminação que é feita contra a criança, escreveu com acerto Dallari:

"Um exemplo do tratamento discriminatório entre as crianças é o uso de palavras diferentes para designar crianças pobres ou ricas, como se faz hoje no Brasil: quem nasce numa família de classe média ou das classes mais ricas é criança e quem nasce numa família pobre é 'menor'.

Na linguagem oficial, bem como na propaganda comercial, fala-se em 'semana da criança', 'proteção da criança', 'programas para crianças' sempre referindo-se às que gozam de melhor situação econômica e social. E nos próprios documentos oficiais, assim como na linguagem de entidades e pessoas, muitas vezes bem intencionadas mas envolvidas pelo sistema circundante, fala-se em 'semana do menor', 'menor delinqüente', 'menor abandonado' e outras expressões semelhantes para designar a criança pobre e marginalizada, cuja marginalização já é reconhecida e formalizada pelo simples designativo de 'menor'. E, no entanto, estas também são crianças, também são pessoas, mas para elas não existe o direito de serem reconhecidas e tratadas como pessoas."

Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social⁶ e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo "menor" seja tratado como criança - sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais.

É certo que na doutrina alienígena há referência a "direito do menor", como na França,

Espanha ou Argentina. Mas, nesses países, o termo "menor" designa apenas aquelas pessoas que ainda não tenham completado a idade de dezoito anos, não tendo a conotação que se dá à expressão no Brasil. Todavia, os livros mais recentes, como de Chazal, adotam "Direito da Criança", em substituição à antiga denominação.

O Direito moderno exclui não somente a designação de delinqüente, como também qualquer outra denominação diferente de "menor" sujeito à proteção do Juiz de Menores.⁷

A natureza do Direito da Criança deve encontrar seu fulcro na proteção integral que deve ser dada a esta, de modo a lhe permitir o desenvolvimento das aptidões físicas e espirituais, em condições de liberdade e dignidade, para sua integração na sociedade, conforme princípios consagrados na Declaração Internacional dos Direitos da Criança.

Essa proteção integral deve referir-se à proteção judicial e à proteção social, compreendendo medidas de prevenção e medidas terapêuticas. Neste ponto, peca o menorista brasileiro, ao querer colocar sob proteção apenas aquelas crianças já desajustadas, não cuidando das medidas de prevenção. Parece que o seu real objetivo, embora não declarado, seja retirá-las e expulsá-las da vida social.

Para o Direito da Criança, esta deixou de ser objeto de direito (apenas objeto de ações de proteção), para se tornar sujeito de direitos dentro do ordenamento jurídico, sendo que esta qualidade de sujeito constitui o seu fundamento essencial.

Esse mesmo entendimento, considerando a criança como sujeito de direitos, consta em projeto original do Senador Nelson Carneiro, que não teve seguimento normal, mutilado que foi em sua característica essencial.⁸

Durante o período de educação da criança, há que se levar em conta sua personalidade, seus interesses e necessidades, próprios dessa fase. Estando em desenvolvimento, o Direito não permite à criança tomar decisões. É necessário que uma pessoa seja responsável por

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu e KORCZAK, Janisz - *O Direito da Criança ao Respeito*. São Paulo, Summus, 1986, p. 25.

⁶ Art. 6.º da Constituição Federal - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷ CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões - *Direito do Menor*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 235. CHAZAL, Jean - *Les Droits de l'Enfant*, Cinquième édition. Paris, Press Universitaire de France, 1982, pp. 7 e 15.

⁸ LABANCA, Luis Edmundo - *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 3.

ela. Mas essa responsabilidade deve ser assumida, sendo quase como uma "carga" imposta. Se estas pessoas, às quais é confiada a sua criação, não desempenham o seu papel, cabe ao Estado, como protetor do bem-estar da coletividade, avocar para si a tarefa de guarda e educação - física e espiritual - destas crianças.

Bernardes serve-se do Estatuto da Criança e do Adolescente para enunciar que "os menores da tutela judicial de menores constantes na lei evidenciam que a tutela não pode ser apenas declarada na lei, mas precisa ser regulada inteiramente, de modo que se possam conhecer seus limites."⁹ No Direito da Criança, tal não ocorre, pois suas características o diferenciam dos demais ramos do Direito. Por ser eminentemente protetor, em qualquer interpretação deve ser colocado em primeiro lugar o interesse da criança, não necessitando, como quer Bernardes, de uma completa regulamentação.

A doutrina brasileira de proteção encontra-se calcada em designação proposta no IX Congresso do Instituto Interamericano da Criança (Venezuela, 1948), que é a de "menor em situação irregular".

Pode-se reduzir a três as correntes em torno da proteção à criança:

a) doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, na qual a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais;

b) doutrina do direito penal do "menor", pela qual o Direito só se ocupa do "menor" a partir do momento em que pratique um ato de delinquência;

c) doutrina intermediária da situação irregular, em que os "menores" são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.¹⁰

A ONU - Organização das Nações Unidas -, através da Declaração dos Direitos da Criança, recomendou sua proteção integral. Nas

suas consideranda, preconiza-se uma proteção especial, que foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 e reconhecida nos atos constitutivos dos organismos especializados e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.

Mendizábal Osés desenvolve uma teorização acerca da proteção da criança, concebida dentro de uma proteção integral, a partir das necessidades subjetivas, que assim define:

"A necessidade subjetiva é a figura que fundamenta a existência de um mandato jurídico que diretamente capacita os menores para poder receber quanto precisam para que o processo evolutivo de sua personalidade se desenvolva de forma harmônica e integral."¹¹

O Direito da Criança tutela, pois, os interesses de uma parte mais fraca contra outra, que é plenamente capaz, subordinando a essa tutela qualquer outro interesse que possa derivar-se da relação jurídica que une ambas. No mesmo sentido e lembrando sua capacidade receptora, a criança impõe uma carga, que terá de resolver-se no estrito cumprimento de quanto seja preciso para dar satisfação a suas necessidades subjetivas.

Esta doutrina de proteção integral, difundida por Mendizábal Osés, foi assim entendida pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o extermínio de crianças:

"A proteção especial designa o conjunto de políticas, programas e ações que têm como destinatários as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, isto é, aqueles segmentos em cuja realidade pessoal estão presentes outros fatores de vulnerabilidade que não carência sócio-econômica pura e simples.

No campo da proteção especial, recomenda-se a estruturação de um conjunto de retaguardas para a Justiça da Infância e da Juventude e para os Conselhos Tutelares, de modo a criar condições objetivas para implementação das medidas de proteção e das medidas sócio-educativas previstas no ECA."¹²

⁹ BERNARDES, Hugo Gueiros - "Substituição Processual: o equívoco doutrinário da legislação do trabalho brasileira. O enunciado 310 da Súmula do TST". Revista LTr, v. 57, n.º 6, junho de 1993.

¹⁰ CAVALLIERI, Alirio - "Direito do Menor: Um Direito Novo". Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Ano XXVII, n.º 21 (nova fase), maio de 1979, p. 393.

¹¹ MENDIZÁBAL OSES, Luis - *Derecho de Menores: Teoría General*. Madrid, Pirâmide, 1977, p. 119.

¹² Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI, destinada a investigar o extermínio

Como se percebe, a doutrina brasileira evoluiu no sentido de abandonar a rotulação de "situação irregular", anteriormente adotada, e desenvolve a proteção especial, ou integral, da criança, segundo os moldes traçados pela Declaração dos Direitos da Criança.

3. O bloco de constitucionalidade e sua inserção na proteção à criança

A figura jurídica do bloco de constitucionalidade é de criação recente nos países europeus, notadamente na França, e, agora, começa a ser difundida no continente americano.

O bloco de constitucionalidade pode ter sua origem na teoria do *Überrecht*, ou superdireito, como traduzido para o português, mas trazida para o âmbito do direito público, em suas análises não só sobre regras de colisão, mas fundamentalmente sobre suas regras de interpretação.

O superdireito consiste de regras sobre a aplicação das leis¹³ e baseia-se no fato de que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos coexistentes ou sucessivos no tempo constituem direito sobre direito, leis sobre leis, e têm por objeto outro direito, e esse "outro direito" sobre o qual versa pode ser substancial ou, também, superdireito.

Também constitui superdireito o método das fontes e interpretação das leis, porque determina a formação de regras e o seu alcance lógico-conceitual e proposicional, bem como aquele conjunto de regras que dizem qual o momento em que entram em vigor, não se devendo confundí-las com aquelas que marcam o momento de incidência, que pertencem ao direito intertemporal propriamente dito.

Miranda prenunciava este emendamento, ao dizer que teríamos de colocar o superdireito no direito público, ainda que fosse privado o Direito que constitui o objeto de seu regramento.¹⁴

O bloco de constitucionalidade insere-se, dentro da estrutura constitucional, no estudo da hierarquia das normas jurídicas e, também, no estudo do controle da constitucionalidade das leis.

Através do controle de constitucionalidade

de crianças e adolescentes. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, ano XXVII, Suplemento B ao n.º 69, terça-feira, 29 de maio de 1992, Brasília - DF, p. 11.

¹³ MIRANDA, Pontes de - *Comentários à Constituição de 1946*. T. I. Rio de Janeiro, Henrique Cohen Ed., 1947, p. 43.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 62-64.

de todos os atos normativos devem estar de acordo com o conteúdo constitucional, pois a Constituição de um Estado é a norma suprema que proporciona a unidade do sistema normativo, sendo fundamento de validade para o ordenamento jurídico.¹⁵

É certo que todos os atos normativos, elaborados naqueles Estados que têm um controle de constitucionalidade, devem estar submetidos e subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional.

Canotilho lembra que há duas acepções para determinação do parâmetro constitucional:

1) equivalente à Constituição escrita ou leis com valor constitucional formal. Portanto, a conformidade dos atos normativos só pode ser aferida sob o ponto de vista de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da Constituição - ou de outras leis formalmente constitucionais;

2) equivalente à ordem constitucional global. Neste caso, o juízo da legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se, não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.¹⁶

O bloco de constitucionalidade estaria, pois, inserido na segunda posição, que considera o parâmetro constitucional mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo "espírito" ou pelos "valores" que informam a ordem constitucional global. Esta é realmente sua correta colocação. O bloco de constitucionalidade excede a Constituição escrita, buscando os valores maiores que servirão de orientação para as normas constitucionais escritas.

Inicialmente desenvolvido na França, na vigência da 5.ª República, o bloco de constitucionalidade ficou assim constituído:

1) Constituição de 1958;

2) "princípios de valor constitucional", contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Cons-

¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 10-11.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional*, 3.ª ed. Coimbra, Almedina, 1991, pp. 997-998.

tuição de 1946, ou que o Conselho Constitucional declara "reconhecidos pelas leis da República";

3) leis orgânicas.¹⁷

Surge o problema, então, de se delimitar quais seriam estes "princípios de valor constitucional" e os "princípios reconhecidos pelas leis da República".

Para Canotilho, que adota a posição de que a ordem constitucional global seria mais vasta do que a Constituição escrita, abrangendo não só os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de Direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas, os "princípios reconhecidos" seriam apenas aqueles que constituem uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais posteriormente plasmados.

Continua, ainda, dando alguns exemplos dos princípios densificados aceitos pelo direito português. Cita o princípio da não-retroatividade que só está expressamente consagrado como princípio constitucional em certas matérias, mas pode ter potencialidades normativas mais amplas quando considerado como princípio densificado do Estado de direito; ou o princípio do não-retrocesso social que não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação de normas e princípios constitucionais referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁸

No direito argentino, encontramos também um exemplo em que, não havendo texto expresso que abrigasse o direito de reunião, este foi admitido com base em outros princípios agasalhados no texto constitucional.

Seguindo idêntico raciocínio do bloco de constitucionalidade, temos a 9.ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, na qual a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos que não estão expressos no texto.

Como o bloco de constitucionalidade se refere a uma densificação de princípios, acima mesmo da Constituição do país, este princípio, exposto na Constituição norte-americana, contribui para que sejam "deslocadas" densificações do texto constitucional para o bloco

de constitucionalidade.

A doutrina constitucional brasileira consagrou este princípio a partir da Constituição de 1891 e não mais o retirou das demais constituições. O mesmo ocorre em demais países, como o Paraguai, Peru e Uruguai, que o consagraram em seus textos constitucionais.

Segundo os comentadores norte-americanos, "é um fato fundamental que a Constituição Federal é simplesmente uma concessão de poderes limitada", e alguns direitos podem ou não estar contidos numa estruturação formal.

Ressalte-se, contudo, que não existe hierarquia entre os "princípios de valor constitucional" em função de sua origem, e que, em caso de contradição entre eles, devem ser conciliados, não se excluindo uns aos outros.

Para Pactet, o bloco de constitucionalidade pode compreender ainda certas contribuições do costume e, sobretudo, os desenvolvimentos constitucionais tirados do texto pela jurisprudência.¹⁹

O costume ocupa um lugar modesto na formulação do bloco de constitucionalidade, pois é bom lembrar que, nos Estados de tradição latina e escrita, raramente ascende à dignidade de regras constitucionais.

Ao contrário do costume, a jurisprudência exerce papel determinante na formação e no desenvolvimento do bloco de constitucionalidade.²⁰

A cada julgamento vê-se reconhecer a possibilidade de enumerar e definir princípios que a Constituição visou, pois o que mais ocorre são os casos em que os tribunais devem dar às disposições constitucionais um sentido para serem aplicadas.

Para Pactet, é neste ponto que a jurisprudência ocupa papel decisivo no bloco de constitucionalidade. Essas normas, resgatadas pela jurisprudência, que, em princípio, estavam unidas ao texto constitucional, têm valor constitucional na medida em que os tribunais ou as cortes as possam impor frente ao legislador.²¹

Tribunais brasileiros, dando seqüência à formação do bloco de constitucionalidade, vêm decidindo que deve ser dada prioridade aos direitos da criança, como podemos notar em

¹⁷ CHATEBOUT, Bernard - *Droit Constitutionnel et Science Politique*. Septième édition. Paris, Armand Colin, 1986, p. 645.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 998-999.

¹⁹ PACTET, Pierre - *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*. 9.ª édition. Paris, Masson, 1989, p. 83.

²⁰ *Ibid.*, p. 83.

²¹ *Ibid. ibid.*, p. 84.

alguns julgados, como nestes:

HABEAS CORPUS — A CRIANÇA E O ADOLESCENTE — PERTINÊNCIA — As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhe são assegurados constitucionalmente. (STF - HC n.º 69.303-MG - Relator Ministro Neri da Silveira)

ADOÇÃO DE CRIANÇA BRASILEIRA POR ESTRANGEIRO — CARÁTER SUPLETIVO — INTERESSE DO MENOR — PRIORIDADE — O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, sua dignidade, convivência familiar etc. e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambos convenientes à criança e ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada. (TJMG - AI n.º 22.528-4 - Comarca de Nova Lima - Relator Desembargador Alves de Melo)

ALIMENTOS — OMISSÃO DO ACORDO — PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR — TESTEMUNHA NÃO ARROLADA NA INICIAL — APLICAÇÃO DO ART. 276 DO CPC — A recusa do Juiz em ouvir testemunha não arrolada na inicial não constitui cerceamento de defesa. Se o art. 8.º da Lei 5.478/68 é omissivo a respeito, aplica-se, por analogia, o art. 276 do CPC, que prevê a necessidade de oferecimento do rol de testemunhas na petição inicial em processo sumaríssimo. É irrelevante a alegação de não constar do acordo homologado a extensão dos alimentos ao filho do casal, também beneficiário, uma vez que prevalecem necessariamente os interesses do menor. (TJMG - AC n.º 88.534-1 - Comarca de Caldas - Relator Desembargador Paulo Tinóco)

GUARDA DE FILHO — RESIDÊNCIA DA MÃE — AMBIENTE INADEQUADO — OITIVA DO MENOR — PRESSÃO PSICOLÓGICA — BUSCA E APREENSÃO — PREVALÊNCIA DO INTERESSE E BEM-ESTAR DA CRIANÇA — A oitiva do menor não é imprescindível para a decisão so-

bre quem lhe terá a guarda, sendo, ao contrário, desaconselhável em muitos casos, dada a evidente pressão psicológica a que é então submetida a criança. Em virtude da prevalência do interesse e do bem-estar do menor, não poderá ele ficar sujeito a sucessivas buscas e apreensões, a pretexto de cumprimento de formalidades. Demonstrado nos autos, através de sindicância efetuada na residência da mãe, não ser aquele ambiente adequado para a criação do menor, e que a progenitora foi suspensa de seu trabalho por agressões a menores. Indiscutivelmente deve ficar com o pai a guarda do filho. (TJMG - AC n.º 5.253-0/90.349-1 - Comarca de Cambuí - Relator Desembargador Paulo Tinóco) (grifos do autor)

Verificam-se, então, várias decisões que incorporam o interesse da criança, fazendo com que esse princípio seja densificado dentro do texto constitucional, elevando-o a bloco de constitucionalidade.

Para Canotilho, tomar os direitos fundamentais como parâmetro ou norma de referência no juízo de legitimidade constitucional não oferece grandes dificuldades numa Constituição consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo liberdades, garantias e direitos econômicos, sociais e culturais.²²

A partir do momento em que os direitos fundamentais se encontrem plasmados, densificados no âmbito normativo-constitucional, serão norma de referência obrigatória em qualquer controle de constitucionalidade e em qualquer interpretação em que exista interesse de crianças a ser decidido.

Para a formação do bloco de constitucionalidade brasileiro, no capítulo referente aos direitos da criança, é necessária a inclusão de outros diplomas, não bastando apenas a Constituição escrita.

Apesar do autoritarismo, a Constituição de 1937, inspirada pelo idealismo fascista, representou um grande passo para a implementação de uma maior atenção e proteção às crianças. Num Estado dotado dessas características, nota-se a preocupação com a valorização do ser humano, sendo a criança colocada como elemento gerador da nova nação. Remonta

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 1000.

desta época, também, a criação do Departamento Nacional da Criança, através do Decreto-Lei n.º 2.024/40, que era o órgão de coordenação de todas as atividades relativas à criança.

O bloco de constitucionalidade buscará, também, formar-se nos princípios das Declarações de Direitos ratificadas pelo Brasil, como é o caso da Declaração dos Direitos da Crian-

ça da Organização das Nações Unidas que prescreve a proteção integral.

Ficará, então, o bloco de constitucionalidade constituído pelos princípios da Constituição de 1937, os tratados internacionais que tratam da proteção à criança ratificados pelo Brasil e, finalmente, pelas decisões judiciais que decidem pela prevalência dos interesses da criança.