

A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA À CRIANÇA COMO DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS: Uma Análise a partir da Relação entre Pais Fumantes e seus Filhos¹

Heleno Florindo da Silva²

Daury César Fabríz³

Fecha de publicación: 01/07/2014

RESUMO:

O art. 227, da Constituição da República de 1988 determina como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, integralmente, à criança, ao adolescente e ao jovem, todo o complexo de direitos inerentes ao básico para sua melhor formação. Desse modo, é possível extrairmos desse dispositivo um direito fundamental a proteção integral às crianças, que deverá ser concretizado por ambos, ou seja, tanto pela sua família, sua sociedade quanto seu Estado. A partir daí é que percebemos a relação das mães e pais fumantes com seus filhos, ainda em gestação, ou nos primeiros anos de vida, destacando que essa relação poderá ocasionar, principalmente às crianças, graves danos a sua saúde, ou até mesmo levar ao abortamento

-
- 1 Artigo desenvolvido no Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação *Stritu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória.
 - 2 Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Bolsista da FAPES – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Membro Diretor da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.
 - 3 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stritu Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor e Advogado.

do feto em desenvolvimento intra-uterino. Portanto, é buscando a concretização do direito fundamental de proteção integral às crianças, que discutiremos a possibilidade de configuração de um dever fundamental dos pais em lhes assegurar tal situação, analisando esse contexto à luz da relação – da gestação aos primeiros anos de vida – entre pais fumantes e seus filhos.

PALAVRAS CHAVE: Proteção Integral; Pais Fumantes; Doenças; Dever Fundamental.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 completou no último dia 05 de Outubro de 2013 seus primeiros 25 anos de existência. Foram inúmeras conquistas alcançadas. Inúmeros direitos passaram a figurar como esteios sociais. Os princípios ganharam força em detrimento às regras. O Brasil renasceu de um sono profundo.

Em que pese hoje, após 25 anos, já haverem discussões sobre a efetividade ou não dessas conquistas, ou seja, frente a sua concretização, sua realização no *mundo da vida*, é sabido que os Direitos das Crianças, Adolescentes e Jovens, trazidos pela Constituição Federal de 1988 como prioritários, representaram e ainda representam um enorme avanço para a proteção das gerações que surgem e que por ventura surgirão.

É pensando nesse aspecto que o presente artigo objetiva analisar esse Direito Fundamental a proteção integral, restringindo a análise à questão das crianças – da gestação aos primeiros anos de vida (3 anos) –, retirando dessa perspectiva um Dever Fundamental dos Pais em garantir essa proteção integral desde a gestação.

Para tanto, recortou-se a proposta em discussão, para que a análise do dever fundamental dos pais em assegurar a proteção integral a seus filhos ocorresse a partir da relação entre os filhos – de sua gestação aos primeiros anos de vida – e seus pais usuários de tabaco – fumantes.

A partir de então, o presente estudo objetiva alcançar resposta ao seguinte problema de pesquisa: é possível retirar da relação dos pais usuários de tabaco – fumantes – um dever fundamental desses pais de parar com o uso de tabaco, desde a gestação da criança, até seus primeiros anos de vida quando ainda possui um metabolismo em formação?

A metodologia utilizada para a construção do conhecimento desenvolvido neste trabalho será extraída dos contornos da visão do múltiplo dialético, afinal, não se tem o objetivo de, na conclusão a ser extraída ao final do trabalho, por fim ao debate, haja vista a síntese

dialética, possuir os contornos de uma nova tese, que encara múltiplas outras antíteses, no eterno movimento do não contentamento dialético, nos ajudando, assim, a dar os passos metodológicos desta empreitada.

No primeiro tópico, portanto, abordaremos o direito fundamental a proteção integral da criança, compreendendo as discussões do período gestacional aos primeiros anos de vida da criança, para que, no segundo tópico, analisemos quais são os efeitos do uso de tabaco pelos pais fumantes durante esse período do desenvolvimento biológico de seus filhos, destacando, inclusive, as principais consequências dessa prática ao desenvolvimento saudável da criança.

Por fim, buscaremos destacar a existência de um dever fundamental desses pais em assegurar a proteção integral ao desenvolvimento saudável de seus filhos, concluindo pelo dever de abster-se do uso do tabaco durante a gestação do filho até sua completa formação biológica, o que ocorrerá ao longo dos primeiros anos de vida.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DA CRIANÇA: Uma Análise da Gestação aos Primeiros anos de Vida da Criança

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a família como à célula mãe da sociedade⁴. Contudo, isso não quis dizer que às famílias foram garantidos somente direitos, pois o constituinte a incumbiu, dentre outras coisas, de velar pela proteção das crianças, dos adolescentes e jovens, o que se dará, inclusive, de forma prioritária.

Uma responsabilidade, um dever, que a família divide com a sociedade e com o Estado, conforme determina o art. 227, da Constituição da República de 1988 (CR/88), que assim diz:

“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” (Grifos Nossos).

Ressalta-se que, conforme delimitado já na introdução acima, o presente estudo visa abordar a questão do dever da família em dar proteção

⁴ É o que podemos perceber ao lermos o art. 226, da CR/88, que determina a família como a base da sociedade, tendo, inclusive, uma proteção especial pelo Estado, senão veja: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

integral às crianças, compreendendo, aqui, essa família como os pais dessas crianças, em que pese o art. 227, da CR/88, não fazer essa restrição.

Mas quem são as crianças de que fala o citado dispositivo constitucional? Segundo o art. 2º⁵, da Lei 8.069/90 – conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – são consideradas crianças pessoas que tenham até 12 anos de idade incompletos.

No entanto, para o estudo pretendido aqui, a análise feita do direito fundamental a proteção integral e prioritária se dará frente às crianças que se encontram nos primeiros anos de vida (3 anos). E mais, discutiremos, também, a situação das crianças em gestação⁶, ou seja, o dever que os pais possuem de assegurar o desenvolvimento intrauterino saudável de seus filhos.

A partir de então, é possível destacar como a legislação especializada – Lei 8.069/90 – assegura direitos a essas crianças, ou seja, como o Estatuto da Criança e do Adolescente expõe seus direitos. É o que pode ser visto nos termos do art. 3º, da citada legislação, que determina

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Grifos Nossos).

Assim, é possível visualizar a existência de um Direito Fundamental dessas crianças que, além de uma proteção integral e prioritária, objetiva assegurá-las um desenvolvimento físico, mental, moral e social em condições de liberdade e dignidade.

Esse aspecto dessa proteção ao desenvolvimento com liberdade e dignidade das crianças está ligado ao princípio constitucional da

⁵ Segundo aludido dispositivo infraconstitucional, **“Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos**, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

⁶ Sob os direitos dos seres humanos em gestação, o Código Civil de 2002 assegurou a proteção de seus direitos a partir da concepção, conforme se depreende de seu art. 2º, que assim determina: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Assim, não há que se discutir o direito do nascituro – ressalvados alguns casos previstos em lei, tais como as hipóteses onde o aborto é permitido – de se desenvolver saudavelmente.

paternidade responsável, pois se a CR/88 assegura o livre planejamento familiar, também determina que esse planejamento seja responsável⁷.

De modo que não há como não se reconhecer a existência de um direito fundamental das crianças em se desenvolver, desde a gestação, de forma saudável. São essas crianças verdadeiras prioridades, cuja proteção deve vir primeiro que qualquer outra situação, conforme determina o art. 4º, da Lei 8.069/90

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público **assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade** e à convivência familiar e comunitária.

Assim, o art. 5º, da mesma legislação, assegura que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo, portanto, punidas as pessoas que, por ação ou omissão, violarem seus direitos fundamentais, mesmo que essas pessoas sejam seus pais.

Conforme abordaremos no próximo tópico, dentre as inúmeras circunstâncias que já podem atrapalhar ou prejudicar o bom desenvolvimento das crianças em gestação ou nos primeiros anos de vida, tais como anomalias genéticas, doenças auto-inumeis, existem algumas que são provocadas por pessoas que estão próximas a essas crianças, dentre as quais se destaca, principalmente, o uso de tabaco durante a gestação, pelas mães ou pais da criança.

O uso de tabaco durante a gestação e nos primeiros anos de vida das crianças poderá lhes ocasionar, de um abortamento ao nascimento dessa criança com alguns problemas sérios de saúde, pois

Filhos de mães tabagistas, além de correrem o risco de serem abortados, têm grandes chances de nascerem anêmicos e com peso e tamanho reduzidos e, quando crianças, terem problemas respiratórios e retardo no aprendizado e na coordenação motora (GODIM e OUTROS, 2006, p. 2).

⁷ Sobre esse ponto, o §7º, do art. 226, da CR/88 determina que “**Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (Grifos Nossos).

E mais, segundo estudos científicos além de todos os problemas causados durante a gestação, o tabaco continua mostrando seus efeitos negativos após o nascimento, uma vez que seus componentes mostram-se presentes até mesmo no leite materno – o que melhor será discutido quando falarmos dos efeitos prejudiciais, do uso de tabaco, ao desenvolvimento das crianças no próximo tópico.

É, portanto, a partir dessa perspectiva – da relação entre pais usuários de tabaco e seus filhos – que analisamos o direito fundamental das crianças a proteção integral e prioritária, aliando-o ao princípio constitucional da paternidade responsável, que obriga os pais a atuarem de forma a minorar, o máximo possível, os efeitos deletérios que as crianças, desde a gestação, podem sofrer em decorrência da ação humana.

2. OS EFEITOS DO USO DE TABACO PELOS PAIS DURANTE A GESTAÇÃO E NOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DE SEUS FILHOS: Uma Análise das Principais Consequências dessa Prática ao Desenvolvimento Saudável da Criança

Recentemente, no Brasil, o Instituto Nacional do Câncer estimou que 1/3 dos adultos são fumantes, e que desse percentual, aproximadamente 11,2 milhões são mulheres, sendo que 90% dessas se tornaram fumantes ainda jovens, pois a incidência de fumantes é mais elevada entre as idades de 20 aos 49 anos⁸.

Esse tipo de pesquisa é importante para que visualizemos uma situação preocupante, qual seja: 90% das mulheres que fumam encontram em idade fértil. O que, também, não é diferente para os homens, pois 92% dos homens fumantes se encontram na faixa etária entre 18 a 60 anos.

Tais dados estatísticos demonstram que a grande maioria das pessoas que fumam, estão em idade propícia para serem Pais. O preocupante é saber se essas pessoas, à luz do princípio da paternidade responsável e da proteção integral e prioritária das crianças, continuarão com o uso de tabaco, mesmo após gestarem seus filhos.

A partir de então, nesse tópico buscaremos demonstrar os prejuízos que podem ser causados a saúde das crianças, desde sua gestação⁹ até seus

⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE, Instituto Nacional do Câncer. **Coordenação de Prevenção e Vigilância: Prevalência de tabagismo no Brasil: dados dos inquéritos epidemiológicos em capitais brasileiras**. Rio de Janeiro: INCA, 2004. p. 16. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsmms/publicacoes/tabaco_inquerito_nacional_070504.pdf>. Acessado em 30 de Agosto de 2013.

⁹ Sobre a importância de analisar os perigos do uso de tabaco durante a gestação, Possato e Outros destacam que essa é uma necessidade premente, pois, segundo eles, “estima-se que no

primeiros anos de vida, no caso em que seus pais não se abdicarem do uso de tabaco durante esse período.

Um dos problemas mais graves apontados pelos estudiosos acerca da influência do uso de tabaco dos pais em relação ao desenvolvimento sadio de seus filhos, está na relação entre mães fumantes e seus filhos, desde a gestação aos primeiros anos de vida, pois

As alterações do tabagismo materno sobre o feto abrem um capítulo à parte nas conseqüências do tabagismo sobre a saúde. **O feto não é um fumante passivo qualquer que inala fumaça de cigarro involuntariamente em um ambiente aéreo, ele é um ser altamente vulnerável, numa fase de risco para o comprometimento do seu desenvolvimento.** A mulher, quando fuma durante a gestação, expõe seu feto não apenas aos componentes da fumaça do cigarro que cruzam a placenta, mas, também, às alterações na oxigenação e metabolismo placentário, e às mudanças no seu próprio metabolismo secundárias ao fumo (MELLO e OUTROS, 2001, p. 259) (Grifos Nossos).

No entanto, não só o uso de tabaco pela gestante poderá ocasionar danos aos seus filhos, mas, também, o uso de tabaco pelos pais dessas crianças, pois, mesmo que a gestante não seja fumante, a inalação dos gases produzidos pelo uso de tabaco pelo marido, também interferirão, substancialmente, na saúde de seus filhos em gestação, ou daqueles que estão nos primeiros anos de vida.

Outro ponto que a doutrina médica coloca como relevante frente aos efeitos da nicotina, encontrada no tabaco, em relação à saúde das crianças em gestação ou nos primeiros anos de vida, está relacionada a ação vascular que a nicotina possui, o que terá como efeito, ocasionar, dentre outras situações, “(...) a diminuição do fluxo sanguíneo no espaço intervilo, fato este, correlacionado com o aumento da produção de catecolaminas no sangue circulante materno”. O resultado disso tudo será uma redução na perfusão uteroplacentária, bem como a consequente má oxigenação e nutrição fetal¹⁰ (MELLO e OUTROS, 2001, p. 259).

Segundo análise realizada por Leopércio, essa insuficiência uteroplacentária vem sendo indicada como um dos principais mecanismos

Brasil uma em cada quatro gestantes seja fumante e, mesmo na vigência de programas específicos voltados à interrupção do fumo na gravidez, cerca de metade delas não consegue abandoná-lo (2007, p. 435).

¹⁰ Segundo Mello e Outros “**no feto, a nicotina reduz a perfusão placentária** devido a sua ação vasoconstritora, além de atravessar facilmente as barreiras placentárias e hematoencefálica, atingindo rapidamente o feto, **podendo causar danos diretos sobre o mesmo**” (2001, p. 260) (Grifos Nossos).

responsáveis pelo retardo no crescimento das crianças em gestação, o que é mais visível em gestantes fumantes ou com parceiros fumantes, pois, segundo o ele, a nicotina¹¹ presente no tabaco causa uma vasoconstrição nos vasos do útero e da placenta, o que acaba por reduzir o fluxo sanguíneo, bem como a oferta de oxigênio e nutrientes para o feto em gestação (2004, p. 177).

Portanto, o hábito de fumar durante a gravidez é responsável, segundo Leopércio, “(...) por 20% dos casos de crianças com baixo peso ao nascer; 8% dos partos prematuros e 5% de todas as mortes perinatais” (2004, p. 176). E mais, “(...) estudos mostram que o tabagismo na gestação pode contribuir para a síndrome da morte súbita do bebê, além de causar importantes alterações no desenvolvimento do sistema nervoso fetal” (2004, p. 176).

Mas, como dito acima, os problemas não atingem somente as crianças durante o período de gestação, mas, sobretudo, aquelas crianças que ainda, mesmo já nascidas, estão em formação de seu metabolismo. Assim, a exposição das crianças recém nascidas aos compostos do tabaco

(...) compromete o crescimento dos pulmões e leva à redução das pequenas vias aéreas, implicando em alterações funcionais respiratórias na infância, que persistem ao longo da vida. O desenvolvimento pulmonar modificado pode estar associado ao aumento do risco futuro de doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), câncer de pulmão e doenças cardiovasculares (LEOPÉRCIO, 2004, p. 177).

Dentre esses aspectos deletérios para o desenvolvimento sadio das crianças, o hábito de fumar de seus pais, poderá lhes provocar uma deficiência no sistema metabólico de absorção de vitamina B12, tendo em vista o fato do ácido cianídrico – uma das substâncias químicas presentes no cigarro – ser responsável por reduzir os níveis dessa importante vitamina.

Segundo Machado, essa deficiência de vitamina B12 nos casos onde os pais são usuários de tabaco, “(...) está associada a parto prematuro, redução na eritropoiese e leucopoiese, levando à anemia, alterações do sistema nervoso e prejuízos no crescimento fetal” (2009, p. 77).

¹¹ Mello e Outros concluíram, a partir da análise de alguns estudos realizados nos Estados Unidos da América, bem como em alguns países europeus, que a nicotina ocasiona, também, a redução da produção do leite materno, pois “(...) a nicotina age como um antagonista temporal, inativando a função de receptores colinérgicos nicotínicos hipotalâmicos. Em seres humanos, observou-se que os níveis de prolactina foram 40% menores em mulheres fumantes, e o tempo de desmame foi menor (2001, p. 262).

E mais, acredita-se, também, que, em decorrência do uso de tabaco pelos pais durante a gestação, bem como nos primeiros anos de vida de seus filhos, há uma menor retenção de água no organismo materno, fazendo com que, tanto a mãe, quanto a criança – esteja em gestação ou amamentando – estejam mais sujeitos a desidratação (MACHADO, 2009, p. 77).

Por fim, Godim e Outros destacam que, dentre as causas mais prováveis para o aumento do número de abortos espontâneos nos dias de hoje, estão, tanto a malfunção ou malformação placentária, quanto às alterações na oxigenação ou fluxo sanguíneo uterino ou placentário, problemas estes, mais percebíveis em gestações em que os pais são fumantes (2006, p. 4)¹².

Os problemas para a saúde e o bom desenvolvimento das crianças, sejam aqueles que ocorrem durante o período gestacional ou, os dos primeiros anos de suas vidas, dependerão de muitos fatores. Alguns desses problemas, nem são de responsabilidade exclusiva dos pais.

Outros, contudo, tais como o uso de tabaco, fazem parte das atitudes que os pais devem tomar a fim de concretizar o princípio constitucional da paternidade responsável, bem como, o direito fundamental de seus filhos à proteção integral e prioritária.

É essa responsabilidade que debatida o próximo tópico deste trabalho, a fim de que se possa retirar daí um dever fundamental dos pais em assegurar a proteção integral e prioritária de seus filhos – principalmente, da gestação aos primeiros anos de vida –, o que, para pais fumantes, significa abster-se do uso de tabaco durante esse período.

3. O DEVER FUNDAMENTAL DOS PAIS USUÁRIOS DE TABACO EM ASSEGURAR A PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DE SEUS FILHOS DURANTE A GESTAÇÃO E NOS PRIMEIROS ANOS DE VIDA DA CRIANÇA

¹² Outros problemas também são associados por Godim e Outros ao uso de tabaco pelos pais da criança durante a gestação, pois, segundo eles, “(...) a ruptura prematura das membranas tem relação com maior frequência de infecções no líquido amniótico de gestantes fumantes, uma vez que é sabido que substâncias contidas no cigarro, principalmente a nicotina, atravessam facilmente as barreiras placentárias. Isso explica os casos de poliidrâmnio, pois, como o líquido amniótico está contaminado, haverá uma produção aumentada deste para suprir as necessidades fetais. As elevações na pressão arterial e na frequência cardíaca estão associadas à liberação de catecolaminas, substâncias vasoconstrictoras (2006, p. 4 e 5).

Antes de analisarmos efetivamente o dever fundamental dos pais usuários de tabaco em abster-se do uso dessas substâncias durante a gestação até os primeiros anos de vida de seus filhos, quando ainda estão em formação física, é necessário ressaltar o fato de que o estudo dos deveres fundamentais não é tarefa fácil, seja pelo fato de se buscar enaltecer sempre os direitos, seja em decorrência dos poucos estudos sobre o tema.

A partir desse cenário abordaremos aqui aspectos gerais acerca da teoria dos deveres fundamentais, de modo a contribuir para o desenvolvimento de um entendimento pelo reconhecimento do dever fundamental dos pais em assegurar a efetivação do princípio da proteção integral e prioritária das crianças, haja vista essa proteção ser um mecanismo essencial ao desenvolvimento do corpo e da personalidade dos indivíduos humanos.

De modo que, ao analisarmos as construções teóricas acerca dos deveres fundamentais, ou constitucionais, inerentes a um determinado ordenamento jurídico constitucional, percebemos que alguns autores apontam, de um lado, a falta de efeitos jurídicos desses deveres fundamentais constitucionais e, de outro, que esses deveres representariam uma forma de limitação aos limites materiais do poder público. Neste sentido, aponta Llorente (2001, p. 16) que:

“Os enunciados de deveres não têm efeitos jurídicos algum, mas apenas, e se houver, uma função política, embora tampouco haja unanimidade em discernir qual função, se existir alguma, esses enunciados desempenham: para uns, tem, simplesmente, a função de servir de sustento ideológico ao poder, na tentativa de lhe dar uma fundamentação ética; para outros, ao contrário, a função dos deveres, tal como a dos direitos, é a de impor limites materiais a potestade normativa do poder público¹³”.

Visualizamos a partir de então, que as discussões acerca da configuração jurídica dos deveres fundamentais é campo arenoso, por onde se debruçam incansáveis teorias na tentativa de lhes dar normatividade ou, simplesmente, lhes reconhecer como sendo meros deveres éticos das pessoas enquanto pertencentes ao grupo social que possibilita o Estado.

¹³ No original: “Los enunciados de deberes no tienen efectos jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna), la que estas normas desempeñan: para unos, simplemente la de servir de sustento ideológico al poder, la de intentar dotarlo de una fundamentación ética; para otros, más bien al contrario, la función de los deberes, como la de los derechos, es la de imponer límites materiales a la potestad normativa del poder público” (Tradução nossa).

Cabe ressaltar, portanto, que não são simples divagações ou elucubrações teóricas àquelas vertentes que não percebem nos deveres fundamentais um caráter normativo, mas, tão somente, um dever ético, haja vista o fato de que em suas origens, os deveres fundamentais ou constitucionais, terem surgido de discussões de cunho religioso, moral ou filosófico (MARTINEZ, 1986, p. 329).

A fim de fixar características que nos permitam identificar os deveres fundamentais, destacamos as palavras de Martínez (1986, p. 335), para quem esses deveres fundamentais apresentam três aspectos principais, que podem ser elencados da seguinte forma

“(...) a) o dever jurídico existe com independência de que o dever trabalhado tenha tido previamente, ou não, uma dimensão moral (...) ; b) o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao Ordenamento; c) normalmente os deveres jurídicos trazem consigo uma sanção para os casos onde houver o seu inadimplemento (...)”¹⁴.

Contudo, em que pese à robustez dos citados argumentos, outros há, tão robustos quanto, que disciplinam os deveres fundamentais sob uma visão diferente, ou seja, há quem entenda que esses deveres, mesmo que não presentes expressamente em um determinado ordenamento poderão ser reconhecidos como tal, a partir, por exemplo, de uma leitura ampla da norma que regula um determinado direito, que para ser exercitado necessitará que alguém cumpra determinado dever.

É o que Valdés (1986b, p. 68), em resposta às críticas de Francisco Laporta e Juan Carlos Bayón, feitas a um artigo que aquele havia publicado acerca dos deveres positivos gerais e sua fundamentação, ressaltará, no sentido de que, para a imposição desses deveres, segundo Valdés, desde um ponto de vista meramente ético, não é necessária a existência do Estado.

Para ele os deveres fundamentais existem, independentemente, da existência de uma codificação estatal sobre sua fundamentação, pois o Estado servirá, tão somente, para assegurar o cumprimento ou sancionar o não cumprimento desses deveres que são inerentes à sociedade humana.

Os deveres fundamentais ou constitucionais, neste sentido, conforme se depreende das análises teóricas acima, existem em decorrência de um direito fundamental contrário, ou seja, na medida em que a Constituição,

¹⁴ No original: “(...) a) El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata hay a tenido previamente o no una dimensión moral (...); b) El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente ao Ordenamiento; c) normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento (...)” (Tradução nossa).

base do Estado, nos assegura uma série de direitos fundamentais, em contrapartida, faz surgir uma série de deveres.

Tal construção hermenêutica é o que pode ser percebido da leitura, por exemplo, do artigo 75, da Constituição da República Dominicana de 26 de janeiro de 2010¹⁵, responsável por trazer um rol de deveres fundamentais para os dominicanos, que passam a ter uma Constituição que não está, tão somente, repleta de direitos, mas, também, de deveres.

Antes de continuarmos a discussão acerca da existência de um dever fundamental dos pais em abster-se do uso de tabaco para salvaguardar a saúde de seus filhos em gestação ou nos primeiros anos de vida, nos cabe aqui, ainda destacar acerca dos deveres fundamentais, alguns pontos relevantes sobre as discussões sobre a existência, ou não, de deveres positivos gerais, bem como, no caso de haver possibilidade, de analisar como se daria a contraprestação ao direito, haja vista todo dever, conseqüentemente, encampar um direito que lhe é oposto.

Assim, Valdés (1986a, p. 17) qualifica, segundo seu entendimento, quais seriam esses deveres fundamentais de natureza geral, ou seja, aqueles que todos nós estaríamos obrigados a cumprir, independentemente de mantermos relação direta com aquele que possui o direito de lhe cobrar, expondo, neste sentido, que

¹⁵ O citado artigo dispõe que: “CAPÍTULO IV – DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES – Artículo 75 – *Deberes fundamentales*. Los derechos fundamentales reconocidos en esta Constitución determinan La existencia de un orden de responsabilidad jurídica y moral, que obliga La conducta del hombre y La mujer en sociedad. En consecuencia, se declaran como deberes fundamentales de las personas los siguientes: 1) Acatar y cumplir la Constitución y las leyes, respetar y obedecer las autoridades establecidas por ellas; 2) Votar, siempre que se esté en capacidad legal para hacerlo; 3) Prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, de conformidad con lo establecido por la ley; 4) Prestar servicios para el desarrollo, exigible a los dominicanos y dominicanas de edades comprendidas entre los dieciséis y veintiún años. Estos servicios podrán ser prestados voluntariamente por los mayores de veintiún años. La ley reglamentará estos servicios; 5) Abstenerse de realizar todo acto perjudicial a la estabilidad, independencia o soberanía de la República Dominicana; 6) Tributar, de acuerdo con la ley y en proporción a su capacidad contributiva, para financiar los gastos e inversiones públicas. Es deber fundamental del Estado garantizar La racionalidad del gasto público y La promoción de una administración pública eficiente; 7) Dedicarse a un trabajo digno, de su elección, a fin de proveer el sustento propio y el de su familia para alcanzar El perfeccionamiento de su personalidad y contribuir al bien estar y progreso de La sociedad; 8) Asistir a los establecimientos educativos de la Nación para recibir, conforme lo dispone esta Constitución, La educación obligatoria; 9) Cooperar con el Estado en cuanto a La asistencia y seguridad social, de acuerdo con sus posibilidades; 10) Actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de calamidad pública o que pongan en peligro la vida o La salud de las personas; 11) Desarrollar y difundir la cultura dominicana y proteger los recursos naturales del país, garantizando La conservación de un ambiente limpio y sano; 12) Velar por El fortalecimiento y La calidad de la democracia, El respeto Del patrimonio público y El ejercicio transparente de La función pública”.

“Deveres positivos gerais são aqueles cujo conteúdo é uma ação de assistência ao próximo que requer um sacrifício trivial e cuja existência não depende da identidade do obrigado nem a do(s) destinatário(s) e tampouco é o resultado de algum tipo de relação contratual prévia¹⁶”.

Com isso podemos perceber que por este entendimento quaisquer pessoas poderiam, em estado de necessidade, obrigar quaisquer outros, a lhes ajudar, não devendo essa ajuda ser maior que algo trivial, ou seja, algo que não imponha àquele que presta a ajuda, uma diminuição de suas posses capaz de levá-lo ao status daquele a quem ajuda (VALDÉS, 1986a, p. 25).

Entretanto, existem posições diversas a essa, principalmente no tocante a possibilidade, ou não, da construção de um entendimento acerca dos deveres fundamentais, reconhecendo-os como positivos e gerais, conforme se depreende em Laporta (1986) e Bayón (1986) – ambos criticam, conforme se aludiu acima, as noções trazidas por Valdés (1986a) no tocante às discussões em destaque.

Laporta (1986, p. 55) apresenta suas divergências à Valdés, em relação àquilo que esse chama de deveres positivos gerais, no ponto acerca da responsabilidade pela omissão, ou seja, Laporta traz entendimento de que se levarmos às propostas de Valdés às últimas consequências, as regras acerca da responsabilidade em decorrência de um inadimplemento de uma obrigação restariam inócuas.

Ele chega a essa conclusão, tendo em vista que sendo os deveres gerais, àqueles que tivessem, em contrapartida, direitos, poderiam escolher, dentre um universo de obrigados, àquele que lhe aproovesse, o que retiraria toda e qualquer segurança jurídica dos processos judiciais, sendo que, aquele que tem direito frente a um coletivo de pessoas, frente a outras, possui o mesmo dever.

De outro lado, Bayón (1986) aponta críticas à postura de Valdés no tocante aos limites impostos a esses deveres positivos gerais que todos teríamos, destacando, especificamente, o critério da trivialidade entabulado por Valdés para limitar as obrigações, ou seja, os deveres dos indivíduos para com aqueles que lhes são comuns em uma sociedade.

Bayón (1986, p. 46) destacará, neste sentido, que “(...) o altruísmo mínimo, baseado na ideia de sacrifício trivial, parece que não nos serve (...). se alguém tem em seu poder recursos em abundância – sendo que

¹⁶ No original: “Deberes positivos general es son aquél los cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario (s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa” (Tradução nossa).

frente a esses um terceiro tem direito – deve entrega-los em sua totalidade, não uma parte <<trivial>> dos mesmos¹⁷”, ou seja, para ele a trivialidade como sendo o elemento de limite ao *quantum* do dever, não corresponde ao melhor parâmetro.

Em que pesem as discussões sobre as características inerentes aos deveres fundamentais, o importante é saber que se trata de um campo ainda em conhecimento, onde não há verdades absolutas, mas, pelo contrário, inúmeras possibilidades.

Objetivando uma dessas possibilidades, o Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós Graduação *Stritu Sensu* da Faculdade de Direito de Vitória, através de seus membros, entabulou um conceito para os Deveres Fundamentais, a fim de fixar um posicionamento acerca do tema.

Como integrantes desse grupo de pesquisadores, entendemos que dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais¹⁸.

A partir daí, não resta dúvidas de que aos pais é atribuído um dever fundamental frente a necessidade de salvaguarda e efetivação de uma proteção integral e prioritária de seus filhos, sobretudo das crianças que ainda estão em gestação, ou que nascidas, ainda estão no período final de formação biológica, durante os primeiros anos de vida.

Esse dever fundamental, analisado a partir da perspectiva dos pais usuários de tabaco – fumantes –, em contraposição ao direito fundamental de proteção integral e prioritária das crianças, nos leva a concluir, que aqueles deverão abster-se do uso de tabaco enquanto estes estiverem no período compreendido da gestação aos primeiros anos de vida (3 anos).

Não se trata de um capricho, mas, ao contrário, da concretização de um desenvolvimento que contará com menos um fator de risco, dentre os

¹⁷ No original: “(...) el altruísmo mínimo, basado en la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. (...) si alguien tiene em su poder recursos sin título alguno – y a los cuales tiene derecho un tercero – debe entregarlos em su totalidad, no una parte <<trivial>> de los mismos”. (Tradução Nossa).

¹⁸ Conceito construído coletivamente pelos membros do grupo de pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no 1º semestre de 2013, coordenado pelos professores Dr. Daury Cesar Fabriz e Dr. Adriano Sant’Ana Pedra, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

inúmeros que já existem às pessoas, pelo simples fato de respirarem o ar de uma grande metrópole.

Atuar a partir dos dogmas da paternidade responsável, também passa por atos de abstenção, onde os interesses dos filhos, em muitos casos, se sobreporão aos dos pais.

Afinal, se um indivíduo, um casal ou qualquer outro tipo de relacionamento que pais possam ter, resolveram se transformar em pais, ou se isso aconteceu por descuido, um indivíduo, desprovido de qualquer tipo de proteção, não pode ser prejudicado por um gosto, vício, costume - ou o quer que seja o ato de fumar – de seus pais.

CONCLUSÃO

O simples ato de respirar já pode se transformar numa porta de entrada para inúmeras substâncias nocivas a nossa saúde, o que é agravado, como visto no tópico dois acima, pelo uso de tabaco, cujas substâncias presentes, por exemplo, nos cigarros, livremente comercializados em bares, botequins, restaurantes, mercearias, mercados, supermercados, dentre outros, são nocivas aos seres humanos.

Diante dessa constatação científica, o ato de fumar de pais cujas crianças estão em gestação, ou que mesmo nascidas, ainda estão nos primeiros anos de vida, acaba agravando esse cenário, pois prejudica, como discutido acima, todo o processo de formação fetal, bem como o desenvolvimento dos recém-nascidos, haja vista contribuir como um dos principais fatores para o esgotamento do leite materno, tão importante para o sadio crescimento das crianças.

Não há como negar a importância do tema em discussão e da controvérsia que gira ao seu entorno, seja ela moral, jurídica, política ou social, pois se por um lado os pais possuem autonomia da vontade que lhes embasam o direito de fumar, por outro, possuem o dever de realizar uma paternidade responsável, bem como, um dever de, a partir dessa paternidade responsável, proteger integral e prioritariamente, seus filhos crianças.

Uma das possibilidades, portanto, de efetivação desse direito fundamental dos filhos crianças em crescer com uma proteção prioritária e integral que lhes assegure o melhor desenvolvimento possível, é reconhecendo um dever fundamental dos pais em efetivar tal situação, com atos ou omissões que visem tal fim.

Uma dessas omissões passa pela abstenção de fumar – usar tabaco – durante a gestação dos filhos, ou, após seu nascimento, em locais onde seu filho possa inalar os gases emitidos durante o ato de fumar.

Se o mundo em si já é um local traiçoeiro, que pode ser responsável por circunstâncias que, sem a interferência de ninguém, podem causar danos irreversíveis aos seres humanos, principalmente aqueles em gestação ou de tenra idade, não cabe aos pais, usuários de tabaco, contribuir com esse, preocupante, cenário.

REFERÊNCIAS.

- BAYÓN, Juan Carlos. **Los Deberes Positivos Generales y la Determinación de Sus Límites: observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés**. In: DOXA 3, 1986. p.35-54.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CHAVES, Cristiano de Farias e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 10^aed. Rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5^aed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DUNKER, C. I. L.. *O Nascimento do Sujeito*. In.: **Viver Mente e Cérebro**. São Paulo, Vol.2, p.14-26, Ano 2006.
- GONDIM, K. De M., e OUTROS. *Repercussões do Tabagismo na Gestação: um levantamento bibliográfico*. In.: **Revista Enfermería Global**, n. 8, Mayo de 2006, p. 1-8. Disponível em: <<http://www.revistas.um.es/eglobal/article/view/455/44>>. Acessado em 15 de Agosto de 2013.
- LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4^aed. rev. e ampl.. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- LEOPÉRCIO, Waldir. *Tabagismo e suas peculiaridades durante a gestação: uma revisão crítica*. In.: **Jornal Brasileiro de Pneumologia**. n.30, vol.2, Mar/Abr de 2004, p. 176-185. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jbpneu/v30n2/v30n2a16.pdf>>. Acessado em 10 de Junho de 2013.
- LLÓRENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 21. Núm. 62. Mayo-Agosto 2001. p. 11-56.
- MACHADO, Julia de Barros e OUTRO. *Abordagem do Tabagismo na Gestação*. In.: **Revista Scientia Médica**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 75-80, abr./jun. 2009. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/scientiamedica/article/viewFile/4718/3917>>. Acessado em 10 de Maio de 2013.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los Deberes Fundamentales*. In: **DOXA 4**, 1986. p. 329-341.

MELLO, Paulo Roberto Bezerra de e OUTROS. *Influência do tabagismo na fertilidade, gestação e lactação*. In.: **Jornal de Pediatria**, Vol. 77, nº4, 2001, p. 257-264. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v77n4/v77n4a06.pdf>> Acessado em 01 de Maio de 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Instituto Nacional do Câncer. **Coordenação de Prevenção e Vigilância: Prevalência de tabagismo no Brasil: dados dos inquéritos epidemiológicos em capitais brasileiras**. Rio de Janeiro: INCA, 2004. p. 16. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/tabaco_inquerito_nacional_070504.pdf>. Acessado em 30 de Agosto de 2013.

MULLER, Janine Santos e OUTROS. *Efeitos Agudos do Fumo sobre a Hemodinâmica da Circulação Feto-Materno-Placentária*. In.: **Revista Arquivo Brasileiro Cardiologia**, vol. 78, (nº 2), p. 148-151, 2002. Disponível em: <<http://publicacoes.cardiol.br/abc/2002/7802/default2.asp?artigo=/abc/2002/7802/tfev09.pdf>>. Acessado em 20 de Agosto de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

POSSATO, Marina e OUTROS. *Representação de Gestantes Tabagistas sobre o Uso do Cigarro: estudo realizado em hospital do interior paulista*. In.: **Revista Esc Enferm USP**, 2007. p. 434-440. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/generoetabaco/download/324_Representacao_de_gestantes_tabagistas_sobre_o_uso_do_cigarro_estudo_realizado_em_hospital_do_interior_paulista.pdf>. Acessado em 13 de Julho de 2013.

PRISZKULNIK, L. *Criança e Psicanálise: a "posição" dos pais no tratamento da criança*. In.: **Psicologia USP**, São Paulo, v.6, n.2, p.95-102, 1995.

ROCHA, Viviane Pereira. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. In: Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC (on-line). a. 1, v. 2, mai./jul. 2007. Disponível em: <3-Viviane-Pereira-Rocha-Eficacia-Horizontal-dos-Direitos-Fundamentais>. Acessado em 05/08/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ªed. Rev. ampl. e atual. 3ªTir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VALDÉS, Ernesto Garzón. *Los Deberes Positivos Generales y su Fundamentación*. In: **DOXA 3**, 1986a. p. 17-33.

_____. *Algunos Comentarios Críticos a Las Críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta*. In: **DOXA 3**, 1986b. p. 65-68.