

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À LIBERDADE DA CRIANÇA

Michel Salati Beraldi

Presidente Prudente/SP

novembro/2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À LIBERDADE DA CRIANÇA

Michel Salati Beraldi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão do Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Fabiana Junqueira Tamaoki.

Presidente Prudente/SP

novembro/2005

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO À LIBERDADE DA CRIANÇA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Fabiana Junqueira Tamaoki
Orientadora

Marivaldo Gouveia
Examinador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Presidente Prudente/SP, 23 de Novembro de 2005.

Dedico a presente pesquisa aos meus pais, pela dedicação e pelo incentivo.

O ouro dos tigres

*Até a hora do ocaso amarelo
Quantas vezes terei contemplado
O poderoso tigre de bengala
Ir e vir pelo predestinado caminho
Por detrás das barras de ferro,
Sem suspeitar que eram seu cárcere.
Depois viriam outros tigres,
O tigre de fogo de Blake;
Depois viriam outros ouros,
O metal amoroso que era Zeus,
O anel que a cada nove noites
Engendra nove anéis e estes, nove,
E não há um fim.
Com os anos foram me deixando
As outras belas cores
E agora só me restam
A vaga luz, a inextricável sombra
E o ouro do princípio.
Oh, poentes, oh, tigres, oh, fulgores
Do mito e da épica,
Oh, um ouro mais precioso, teus cabelos
Que estas mãos almejam.*

Jorge Luis Borges.

Agradecimentos

A todos que, direta ou indiretamente, ajudaram-me a concluir o presente trabalho, orientando-me para ultrapassar todos os obstáculos.

A professora Fabiana Junqueira Tamaoki, minha orientadora, pessoa de notável saber jurídico, merecedora de toda a admiração, pela atenção e dedicação dispensadas.

Aos professores Marivaldo Gouveia e Rodrigo Lemos Arteiro, pela valiosa atenção e ajuda em terem aceitado ao convite para serem examinadores.

Resumo

O presente trabalho discute o direito à liberdade e sobre possíveis violações, nos aspectos que se relacionam com a criança, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Procurou-se demonstrar que esse direito é inerente a todos os seres humanos, surgindo desde os primórdios da inteligência humana a necessidade do homem ser livre, pois se trata de um direito natural e que, por conta disso, sua positivação se tornou necessária para garantir sua exigibilidade.

Argumenta-se que a criança, como ser humano, também é detentor deste e dos demais direitos fundamentais. Observa-se no presente trabalho que houve a necessidade de ocorrer a positivação dos direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico a fim de que estes gozassem de tais direitos fundamentais.

Demonstra-se, outrossim, o desenvolvimento do direito à liberdade da criança, atualmente, no que diz respeito à sua defesa e adaptação. É importante ressaltar que referida defesa e adaptação do direito à liberdade da criança deve ser realizada de forma a respeitar as condições peculiares do frágil estado de desenvolvimento em que se encontra a criança, bem como sua mentalidade diversa da do adulto.

O presente trabalho também analisa o que deve ser feito para preservar esse direito e como preservar a integridade da criança, mesmo que para isso se tenha que restringir algum aspecto do direito à liberdade da criança.

Palavras-chave: Constituição Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Liberdade. Criança. Direito fundamental.

ABSTRACT

This current work discusses the right to freedom and about possible violations, in aspects related to child mention in the Federal Constitution and in the Child and Adolescent Bylaw.

This work wants to demonstrate that this right is inherent every human being. It has been inexistence since the beginning of human intelligence about the human needs to be free. It's a natural extinct and therefore its realization become necessary to guarantee a requeriment. It's argued that the child, as a human being, owns this and other fundamental rights.

This current work shows that there's a need to make the rights of child and adolescent happen as an orderness, in order to have them enjoy privileges.

This work presents, as well, how the right to child's freedom has been developing, nowadays, regarding their protection and adjustment.

It's important to emphasize the statement above about the adjustment to the right to freedom for the child must be achieved in a way that the peculiar conditions of the child fragile state of development are respected as well as, their different mentality when compared to the adult.

The present work also analysis what must be done to preserve this right and how to preserve the integrity of child even when to restrain some aspects from the right to the freedom of child.

Keywords: Federal Constitution. Children and Adolescent Bylaw. Freedom. Child. Fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO PRIMEIRO – Da liberdade	11
O que é liberdade?.....	11
A liberdade como Direito Natural.....	12
A liberdade como um Direito Humano.....	15
A Positivação do Direito à Liberdade.....	16
CAPÍTULO SEGUNDO – Do Direito à Liberdade da Criança	19
2.1 Definição de direito à liberdade.....	19
2.2 Distinção entre criança e adolescente.....	21
2.3 Do reconhecimento do direito à liberdade para a criança e o adolescente.....	24
2.4 Do direito à liberdade da criança.....	25
2.4.1 Da liberdade de ação.....	26
2.4.2 Da liberdade de ir, vir e estar.....	28
2.4.3 Da liberdade de opinião.....	29
2.4.4 Da liberdade de crença e culto.....	29
2.4.5 Da liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se.....	30
2.4.6 Da liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.....	33
2.5 Dos princípios voltados a Criança.....	34
2.5.1 Princípio da Proteção Integral.....	34
2.5.2 Princípio do Respeito à Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento.....	35
2.5.3 Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes.....	37
2.5.4 Princípio da Prioridade Absoluta.....	39
2.5.5 Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes.....	41
2.6 O direito à liberdade da criança e do adolescente na atualidade.....	43

CAPÍTULO TERCEIRO – Das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.....	46
3.1 Da importância das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.....	46
3.2 Das linhas de ação das políticas de atendimento.....	49
CAPÍTULO QUARTO – As violações ao direito à liberdade da criança	57
4.1 Das restrições legais e sociais ao direito à liberdade da criança.....	57
4.2 Formas de evitar e combater as violações ao direito à liberdade da criança e do adolescente.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu definir o que é o direito à liberdade e como ele pode ser aplicado à criança. A pesquisa também procurou demonstrar as violações a esse direito, bem como as atitudes do governo e de toda a sociedade para evitar tais violações.

A atitude de respeitar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes torna a sociedade brasileira mais justa e melhor. A criança e o adolescente de hoje é o homem adulto do amanhã. Dito isto, fica evidente a importância de se tratar desse assunto, pois uma criança não sabe reconhecer quais são seus reais direitos e se a sociedade e o governo não se preocupar em tutelá-la, corre-se o risco destes direitos tornarem-se “letra morta” na legislação brasileira.

Respeitar o direito à liberdade da criança é uma forma de garantir que a sociedade brasileira esteja em um patamar elevado e de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Pode-se afirmar isso porque é essa liberdade, vista com desprezo por alguns, que é essencial para formar o caráter adequado do ser humano.

Salienta-se que o procedimento adotado para o estudo do presente trabalho foi essencialmente bibliográfico e documental, colhidos sistemática e aleatoriamente, conforme a natureza dos dados.

Por fim, o tema abordado neste trabalho buscou analisar de maneira crítica as violações ao direito à liberdade nos aspectos pertinentes à criança, buscando na medida do possível, confrontar as opiniões divergentes.

CAPÍTULO PRIMEIRO: DA LIBERDADE

1.1 O que é liberdade?

A liberdade é algo almejado por todos, pois quem a tem não quer perdê-la e quem não a tem sempre busca conseguí-la. É algo que não se pode ver, mas pode-se sentir e quando não a sentimos nos falta algo, haja vista a liberdade ser intrínseca ao ser humano.

O homem para ser considerado como pessoa deve ser, livre. A liberdade é uma qualidade ou propriedade da pessoa, e entre seus diversos significados podem ser referidos a vontade ou à ação.

Norberto Bobbio (2000, p. 49 a 56), dispõe como sendo liberdade de ação a liberdade negativa, que se refere a ação, ou seja, a liberdade como sendo ausência de impedimento ou constrangimento; e a liberdade como vontade, a liberdade positiva, pela autonomia, pela auto determinação, que se baseia em impulsos conforme a razão.

A liberdade quanto a ação, isto é, aquela como ausência de impedimento ou de constrangimento, decorre da situação em que um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos.

Em relação a liberdade como vontade, também chamada de autodeterminação, de autonomia, é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomada de decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. A liberdade positiva pode ser considerada como um princípio motor, vez que abre a possibilidade de autodeterminação e a torna exequível ao ser humano.

Na concepção de José Afonso da Silva (1999, p. 234 a 235), existem dois tipos de liberdade: a liberdade interna (liberdade subjetiva ou psicológica), que é o querer ou o livre arbítrio, como manifestação de vontade no mundo interno do homem; e a liberdade externa, que consiste na expressão externa do querer individual.

A liberdade interna é o poder de escolha e de opção, que quando se exterioriza, transforma-se na liberdade objetiva ou externa.

Fala-se em liberdade para fazermos o que quisermos, para ter o emprego que almejamos, liberdade para escolher uma mulher ou um homem, liberdade para ler qualquer livro, ou liberdade para não ler absolutamente nada. Somos livres, e usamos essa liberdade para nos expressarmos, para fazermos aquilo que gostamos.

Nos Estados Totalitários não há liberdade alguma, pois têm-se a idéia de que a liberdade produz a degeneração do homem. Portanto, eles controlam e reprimem toda espécie de liberdade, inclusive a de pensamento.

Então, o que é liberdade? É algo que se baseia na escolha para fazermos exatamente o que queremos?

A liberdade está no mundo exterior, onde você expressa o que quer, ou seja, a liberdade individual e também no mundo interior, onde começa dentro de você, para se expressar inteligentemente fora de você.

Contudo, podemos dizer que a verdadeira liberdade está em nós mesmos quando a ordem é completa. E essa ordem só vem quando nos sentimos livres no nosso interior e quando efetivamente somos livres no mundo exterior.

1.2 A Liberdade como um Direito Natural.

A lei natural não é escrita e fundamenta-se no ser e em sua inteligência, não em uma vontade arbitrária ou em um poder voluntarista. É originária da própria natureza humana, do juízo da razão e indica o que o ser humano entende como bom e o que deve ser feito, ou seja, evitar o mal e fazer o bem.

A lei natural é na verdade, o conjunto de coisas que se deve fazer e o que não se deve fazer, retiradas do interior do próprio ser e de sua inteligência.

O direito natural é o conjunto de normas que são aptas a resolver os conflitos humanos, mas essas normas, que são conhecidas pelo homem em sua razão não necessitam de estarem positivadas para esse propósito, é da própria natureza humana e independe do legislador, e esse direito está enraizado na própria índole do ser humano.

O Direito Natural é mais do que um conhecimento e uma base para a defesa dos valores e dignidades humanas, é uma atitude. E a positivação desse direito, não se fez necessária para que auxilie o homem a viver em sociedade. É algo universal, protegendo todos os homens sem distinção e também algo perpétuo, que sempre existiu, surgindo juntamente com a consciência humana e não vinculados a valores jurídicos e religiosos, sendo durável enquanto o ser humano existir.

No entender de Maria Helena Diniz (1997, p. 37), os primeiros princípios da moralidade correspondem ao que há de permanente e universal da natureza humana, perceptíveis de maneira imediata, independente de fatores externos, como cultura, civilização e religião. São deveres do homem para si próprios e para com Deus e sendo o princípio fundamental que o bem deve ser feito, evitando-se o mal.

O direito natural acompanha a moralidade do ser humano, mesmo que este tenha influências externas, como religião e cultura. Tal moralidade é algo comum a todos os seres humanos, é algo universal da natureza humana e o homem apenas consegue sua paz interior se realizar suas condutas de acordo com sua moralidade.

(...)devido ao processo de secularização da vida, que levou o jusnaturalismo a arredar suas raízes teológicas, buscando os seus fundamentos de validade na identidade da razão humana. O direito natural tornou-se subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume o sentido de vontade subjetiva e absolutamente autônoma. Nesta concepção jusnaturalista a natureza do homem é uma realidade imutável e abstrata, por ser-lhe a forma inata, independente das variações materiais da conduta. (DINIZ, 1997, p. 38)

O direito natural surge pelo método dedutivo, conforme a realidade observada e influenciada pela racionalidade do homem e sua livre e autônoma vontade subjetiva.

Um dos princípios impostos pela natureza humana é o dever de o homem respeitar sua racionalidade, ou seja, sua inteligência, sendo que o homem deve procurar a verdade, buscar o conhecimento da realidade.

E o homem só buscará a verdade e o conhecimento da realidade quando tiver a liberdade, ou seja, a liberdade de pensamento, a liberdade para

exteriorizar seus pensamentos, a liberdade de agir, pois só assim conseguirá atingir seus objetivos.

A liberdade, assim como a vida, a propriedade, a educação, a dignidade e a igualdade, também é um direito natural. O homem, como ser racional tem de possuir a liberdade, pois sem ela não poderia pensar e agir de forma racional, mas sim de forma pré-ordenada. Para alcançar seu fim, o homem tem de ser livre para escolher os meios de alcançá-lo.

A autodeterminação frente as situações cotidianas, aos caminhos a serem tomados e frente as diversas escolhas é denominada liberdade psicológica. Nossa racionalidade permite tal autodeterminação.

Autodeterminação então significa a liberdade ou independência moral ou intelectual de o homem pensar e de agir, sem a intervenção de fatores externos. Quanto ao pensar, sendo o pensamento livre, se tem a liberdade psicológica. Quanto ao agir, é a liberdade psicológica sendo exteriorizada.

A liberdade psicológica consiste, pois, na isenção da necessidade intrínseca de sua faculdade ativa, ou em outros termos, no poder que esta possui de autodeterminar-se frente a um objeto, já no sentido de agir ou não agir (liberdade de contradição ou exercício), já no sentido de determinar-se a um objeto ou outro e ao seu contrário (liberdade de especificação e contrariedade, respectivamente). O homem, como ser racional, deve reflexionar e determinar-se por si mesmo no emprego de cada meio, coisa que a criatura irracional, diferentemente, recebe já feita por Deus nas inclinações intrínsecas de sua natureza. Daí que o problema moral seja específico e exclusivo do homem. Surge no homem como uma necessidade moral de dirigir a atividade livre a seu fim, em substituição (e superando-a) à necessidade física da ordem natural não espiritual. A necessidade física e a necessidade moral, as leis da Física e das Ciências Naturais e da Ética, o "tem que ser" e o "dever ser", respectivamente, em última instância metafísica, assinalam as duas realizações por onde Deus conduz a atividade das criaturas para obter o fim último por ele intentado. (GUIMARÃES, 1991, p. 254)

A possibilidade de o homem escolher o fim a que se destina sua vida ou que o quer realizar durante sua vida depende da liberdade psicológica, de poder se auto determinar frente a um dilema ou escolha, de agir ou não agir, empregando o meio que ache necessário. Sendo assim, a liberdade não poderia deixar de ser um direito natural do ser humano.

1.3 A Liberdade como um Direito Humano

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, em 1948, consagrou no plano mundial um conjunto de valores que reputados de essenciais, não apenas para servirem de ideal à ação humana, mas também para definirem o enquadramento legal dentro do qual os Estados podem legislar, julgar e atuar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui valores ou direitos, dos quais podem se destacar os seguintes: -a dignidade humana –a liberdade –a igualdade –a fraternidade.

Esses direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos foram classificados em duas espécies: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Posteriormente, somaram-se a esses últimos os direitos da solidariedade.

O artigo III da Declaração Universal determina: “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Consoante tal artigo, é de se notar que o direito à liberdade, que faz parte dos direitos civis e políticos, fica reconhecido universalmente e legalmente como um direito humano, ou seja, inerentes a todos os seres humanos. Vejamos o que dispõe a seguinte citação:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 1992, p.30)

Para ser protegido pelos direitos humanos basta equivaler como ser humano. A Declaração Universal dos Direitos do Homem colocou o homem no patamar de sujeito de direitos, protegido por suas normas onde quer que este sujeito esteja, independente de raça, cor ou etnia.

Além do artigo III, trata também o artigo IV da Declaração, de maneira indireta sobre a liberdade, quando transcreve a proibição da escravidão nos seguintes termos: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Esse artigo trata da liberdade individual de cada ser humano, proibindo que o homem seja propriedade de outro ou do Estado. Mesmo operante esta proibição, de uma forma diversificada, ainda continua ocorrer a escravidão em todos os continentes, principalmente na África e na Ásia.

Pode-se equiparar a escravidão com o trabalho forçado ou não, sem remuneração, assim como também o trabalho infantil, que priva crianças do direito à liberdade, ignorando sua situação especial e de pessoa em desenvolvimento.

No Brasil, conforme a imprensa apontou por diversas vezes, esse tipo de escravidão ou trabalho escravo também está presente. Pessoas são obrigadas a trabalhar, sem receber sequer um salário e às vezes sem o mínimo de respeito às necessidades básicas das quais qualquer pessoa necessita.

1.4 A Positivção do Direito à Liberdade

O conjunto de normas estabelecido por um poder político que se impõe e regulam a vida social de um dado povo em determinada época, pode ser denominado direito positivo.

A positivção do direito ocorre quando surge um fato, que a ele é atribuído um valor e que para alcançar a harmonia ou para que regule a vida social de um povo, um poder político impõe a norma e eventual sanção pela sua violação.

O direito positivo é o conjunto de normas estabelecidas pelo poder político que se impõem e regula a vida social de um dado povo em determinada época e que é obedecido pelo motivo de haver uma sanção a quem o desrespeita.

É mediante normas que o direito pretende obter o equilíbrio social e impedir que o caos e a desordem destruam a vida em sociedade.

Dito isso, pode se chegar à conclusão de que o direito positivo é uma ordenação que o homem deve obedecer e que regula as relações sociais, baseada na integração normativa de fatos e valores que surgem na sociedade.

A nossa sociedade possui um grande nível de mudança. Isso leva a caminhos repletos de conflitos, confusões e incertezas.

A ciência do Direito enfrenta o problema de o direito não ter uma definição precisa, acarretando um grande número de possibilidades que varia de autor para

autor. Isso acontece porque o conceito depende de quem o elabora, pois aí estão concepções de realidade, de sociedade, do Estado, ou seja, as quais são delimitadas em conformidade com a visão do autor. Talvez, nunca se chegue a uma concepção consensual, pois os tempos mudam e novas correntes de pensamento surgem.

Em virtude da mutabilidade da sociedade, e conseqüentemente do direito, a positivação do direito encontra muitas dificuldades.

A liberdade surgiu como um fato e também como um direito natural e que o poder político, visando preservar o bem estar social, impôs normas e uma conseqüentemente sanção pela violação ou desrespeito das mesmas. Fazendo isso, o Estado realizou a positivação do direito à liberdade.

O direito à liberdade é um direito objetivo ou positivo, que, segundo Maria Helena Diniz (1997, p. 37), é o complexo de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo. Estando, portanto, fora do homem, indica-lhe o caminho a seguir, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas.

O adjetivo natural, aplicado a um conjunto de normas, já evidencia que são os preceitos de convivência criados pela própria natureza e pela própria essência humana e que precederiam a lei escrita, ou o direito positivo, que na verdade são normas postas ou impostas pelo Estado.

Portanto, fica demonstrado que o direito à liberdade surgiu não apenas como um fato, mas sim como um direito natural do ser humano e que o Estado, visando proteger a efetividade e garantir concretização desse direito, o transformou em lei positiva, que está previsto no artigo 5º “caput” e em alguns de seus incisos da Constituição Federal.

CAPÍTULO SEGUNDO – Do Direito à Liberdade da Criança

2.1 Definição de direito à liberdade

A liberdade de pensamento, ou a liberdade positiva é, como já dito, a liberdade interna e por isso o direito positivo não tem como controlá-la, podendo somente regular a liberdade de agir, ou a liberdade externa, que é na verdade a liberdade interna exteriorizada para o mundo.

O Estado edita leis visando proteger a coletividade, mantendo a paz social. Os direitos individuais ficam flexíveis frente aos direitos coletivos, considerando que às vezes esses direitos individuais sofrem coações ou limitações. Vejamos o que dispõe a seguinte citação:

(...) não é correta a definição de liberdade como ausência de coação . O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe. (SILVA, 1999, p. 235)

Para manter a ordem social, o Estado impõe regras de conduta que podem levar a uma coação do direito à liberdade do indivíduo. Essa coação é necessária para manter a paz social. Sendo assim, um mínimo de coação há sempre de existir, entretanto, não poderá ser excessiva ao ponto de torná-la imoral, anormal ou ilegítima.

O direito à liberdade consiste no direito que todo indivíduo tem de dispor livremente de seu corpo, agir, pensar e expressar o que desejar, sem pressões externas. Mas tal liberdade não pode também ultrapassar os limites da ordem pública.

O direito à liberdade é um direito fundamental do homem e digno de consideração constitucional específica. Este direito à liberdade está positivado no artigo 5º da Constituição Federal, que assim dispõe:

Artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

(...)Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõe um conduta positiva) ou proibitivas (que impõe uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. (SILVA, 1999, p. 239)

A Constituição Federal, com o inciso II, do artigo 5º prevê a liberdade de fazer ou de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determinar o contrário. Trata-se do princípio da legalidade, que é uma garantia constitucional que abrange todos os seres, em sua relações particulares. Difere da administração, pois esta só pode fazer o que a lei expressamente permitir.

O princípio da legalidade surgiu com o estado de direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático.

Tal princípio já estava previsto no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Brasil ele está previsto nos artigos 5º, II, 37 e 84, IV da Constituição Federal.

De acordo com o princípio da legalidade, em se tratando de relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, o ser tem autonomia na sua vontade. Quando se fala em lei que pode restringir o direito à liberdade, não é qualquer lei, tem de ser uma lei justa.

O direito à liberdade somente pode ser restringido por uma lei legítima, por norma elaborada conforme o procedimento estabelecido na Constituição Federal e sempre quando houver dúvida quanto a eventual restrição à liberdade, esta prevalece, pois o direito a liberdade é absoluto e não relativo.

O legislador ordinário, quando autorizado pela Constituição Federal, pode intervir para regular o direito de liberdade, vejamos:

A característica de normas de eficácia contida, apontada acima, tem extrema importância, porque é daí que vêm os sistemas de restrições das liberdades públicas consideradas neste capítulo. Vimos já que o legislador ordinário, quando expressamente autorizado pela Constituição, intervém para regular o direito de liberdade conferido. Algumas normas constitucionais, conferidoras de liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora (art. 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras limitações podem provir da incidência de normas constitucionais (p. ex., art. 5º, XVI: reunir-se pacificamente, sem armas(...)) (SILVA, 1999, p. 272)

O bem estar social é algo mais importante que o direito individual, ou seja, o direito de um indivíduo não pode ser considerado mais relevante do que a paz e o bem estar social, comum a todos da sociedade e por isso o legislador pode regular o direito à liberdade.

O modo com que o Estado regula o direito de liberdade, com o fim de assegurar a paz social acarreta uma espécie de restrição, que somente pode ocorrer quando for para manter algo maior, ou seja, o bem estar social. Se ocorrer de o Estado ultrapassar esse limite, deixa de ser um controle para torna-se um arbítrio ou uma restrição ao direito à liberdade.

2.2 Distinção entre criança e adolescente

A Constituição Federal não distingue entre criança e adolescente em relação à fixação do critério etário, porém o Estatuto da Criança e do Adolescente faz a distinção entre criança e adolescente, considerando a criança entre 0 a 12 anos e o adolescente de 12 a 18 anos.

O artigo segundo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Nº 8069/90, diferencia criança de adolescente:

Art. 2º 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.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Essa diferença técnica visa evitar a rotulação da palavra menor como aquele em situação irregular, como ocorria antigamente, no Código de Menores.

Atualmente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, não se permite a marca ou a marginalização.

A palavra menor designa a pessoa que não atingiu a maioridade penal e civil, ou seja, 18 anos e a ele não se atribui a imputabilidade penal. Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores utilizava a palavra “menor” como sinônimo de carente, abandonado, delinqüente e o colocava sob o status da situação irregular, o que provocava trauma e marginalização dos menores.

A Convenção sobre os direitos da criança, em seu artigo primeiro, determina como criança todo ser com idade inferior a 18 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente tomou como base esse artigo primeiro da Convenção, mas por fatores do conhecimento científico sobre a infância e a adolescência e a importância dessas duas fases da vida, diferenciou crianças de adolescentes.

As duas fases agora conhecidas como criança e adolescente desempenham diferentemente suas funções para a formação da personalidade sadia ou problemática do ser. Fatores externos influenciam e podem retardar ou causar danos ao desenvolvimento, causando uma infância infeliz e problemática quando esta pessoa se tornar adulta.

Por esse motivo que é preciso diferenciar crianças de adolescentes, reconhecendo as necessidades e as limitações de cada uma dessas duas fases.

É o que ensina Wilson Donizeti Liberati:

Na verdade, quando o Estatuto se referiu ao “estado” de criança e de adolescente, quis caracterizar aqueles seres humanos em peculiares condições de desenvolvimento, devendo ser, em todas as hipóteses, ontologicamente respeitados. (1991, p. 03)

Diferentemente, alguns autores, entre eles, Albergaria e Nogueira, não concordam com a distinção de crianças e adolescentes, com o início da adolescência com 12 anos de idade, pelo fato de não coincidir com a evolução biológica de uma fase para outra. Defendem então, que se adote um critério biopsicosocial.

Outra crítica é de que a fixação do início da adolescência pelo Estatuto aos 12 anos completos, principalmente para responder por ato infracional, através de

processo contraditório com ampla defesa, não deixa de ser uma temeridade, pois aos 12 anos, a pessoa ainda é criança.

Com as expressões criança e adolescente, o legislador pretendeu acabar com marginalização e a marca dada a palavra menor, evitando o trauma que eventualmente ocorria ao empregá-la.

Outro motivo de distinção entre crianças e adolescentes é a determinação da idade para a imputabilidade penal. Difere o tratamento dado em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções pela lei penal.

A criança infratora fica sujeita às medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que implicam em um tratamento através de sua própria família ou comunidade, sem ocorrer a privação de liberdade.

O adolescente infrator pode ser submetido a tratamento com medidas sócio-educativas do artigo 112, do Estatuto acima citado, com privação de liberdade. São também concedidas ao adolescente as garantias do artigo 111 do mesmo ordenamento, observando o procedimento dos artigos 171 e seguintes do mesmo diploma legal.

Não obstante as diferenças propostas pelo ECA, na diferenciação de criança e adolescente, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, recebendo a proteção integral e a prioridade absoluta na preservação de seus direitos.

2.3 Do reconhecimento do direito à liberdade para a criança e o adolescente

As crianças e adolescentes atualmente, além de titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos aos seres humanos (artigos 5º, 6º, 7º da Constituição Federal), gozam de outros direitos fundamentais, que se encontram na Constituição Federal, nos artigos 227 e 228, além dos elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, dos quais são titulares em razão da peculiar condição de vulnerabilidade que se encontram.

Em decorrência da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227 e com mais ênfase ainda, através do Estatuto da Criança e do Adolescente e também em razão do início de uma batalha jurídica e cultural, que a criança e o adolescente passaram a realmente serem reconhecidos como merecedores desses direitos fundamentais e não somente como objetos de intervenção do mundo adulto, pois possuíam os alguns direitos fundamentais dos adultos, mas não podiam exercê-los, por serem incapazes e por isso, tinham de ser representados.

Podemos dizer que com o Estatuto da Criança e do Adolescente criado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, se constitui um marco jurídico de todos os que se preocupam com a necessidade de proteger e educar, em sentido amplo, às crianças e adolescentes.

Além de assegurar os direitos à vida, à saúde, à alimentação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe práticas prejudiciais ao pleno desenvolvimento desses seres em formação. Entre os seus objetivos, portanto, estão o fim do trabalho infantil, a extinção da violência e a execução de melhores políticas de saúde e educação.

Portanto, apenas com a Constituição Federal, em seus artigos 227 e 228, consecutivamente com o Estatuto da criança e do Adolescente, que o direito fundamental à liberdade da criança e do adolescente foi realmente reconhecido, tornando-os em verdadeiramente sujeitos de direitos especiais em relação aos adultos e não apenas objetos de intervenção do mundo adulto.

2.4 Do Direito à liberdade da criança

O direito à liberdade é uma das formas expressivas dos direitos fundamentais da pessoa humana e como visto no tópico anterior, a criança passou a ser considerada como merecedora desse e dos demais direitos fundamentais.

Quanto à expressão liberdade, se fala em: 1) liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação, ou liberdade de ir e vir e de estar);

2) liberdade de pensamento (liberdades de opinião, de religião, crença, informação, artística, comunicação do conhecimento); 3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); 4) liberdade de ação profissional (livre escolha de exercício de trabalho, ofício e profissão); 5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).

O Estatuto da Criança e do Adolescente menciona em vários dispositivos o direito à liberdade em favor da criança, que são eles: 3º, 4º, 5º, 15, 106, 230. Em seu artigo 15, o Estatuto faz o comentário sobre a existência do direito à liberdade das crianças e adolescentes, explicitando-o logo a seguir, com o seu artigo 16.

O artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente não abrange todo o conteúdo do direito à liberdade. Alguns aspectos não se aplicam às crianças, como as liberdades de iniciativa econômica, de contrato e de comércio, da escolha de trabalho, ofício e de profissão.

Esses aspectos não se aplicam ao direito da criança porque seu exercício requer condições de capacidade e a criança não a possui, pelo fato de faltar discernimento adequado para determinar-se conveniente em face do objeto de escolha. Já o adolescente, depois dos 16 anos de idade, adquire capacidade relativa para o exercício dessas funções.

Portanto, a criança não apresenta a capacidade necessária para desfrutar de todos os aspectos do direito à liberdade inerente a toda pessoa. Nos casos em que a criança não possui a capacidade de exercer o direito à liberdade, ocorrerá uma restrição a esse direito.

Observa-se, portanto, que somente haverá alguma restrição ao direito à liberdade da criança, nas situações em que ela não possui a capacidade plena do exercício desse direito.

O legislador, no artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, explicitou somente os aspectos de pertinência com a criança e o adolescente. Entretanto, a enumeração feita nos incisos do referido artigo não é exaustiva, mas somente exemplificativa, portanto pode ser ampliada.

Vejamos o referido artigo 16 do Estatuto:

art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I- ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvados as restrições legais;
- II- opinião e expressão;
- III- crença e culto religioso;
- IV- brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V- participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI- participar da vida política, na forma da lei;
- VII- buscar refúgio, auxílio e orientação.

Partiremos agora para a análise das formas de liberdade da criança, arroladas nesses incisos.

2.4.1 Da liberdade de ação

A liberdade de ação, embora não explicitada nos incisos do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, há de ser analisada. Ela está prevista no artigo 5º, II, da Constituição Federal, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Revela o princípio da legalidade e a liberdade de ação, que é a liberdade de fazer, de atuar e agir.

A liberdade de ação é a liberdade mãe, ou seja, é a liberdade geral de atuar, e de acordo com essa liberdade de poder atuar, o sujeito pode fazer ou não fazer o que bem entender, até que uma lei legítima o proíba. Vejamos o que diz José Afonso da Silva:

(...)cabe considerar aquela que constitui, Por assim dizer, a liberdade-matriz, a liberdade-base, que é a liberdade de ação em geral, a liberdade geral de atuar, que decorre do art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É um modo de dizer diferente daquele de Montesquieu. Para este, a liberdade consistiria no direito de fazer tudo o que as leis permitissem. O texto constitucional supra, ao contrário, prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir, como princípio. Vale dizer, o princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine o contrário. (1999, p. 238).

Todos possuem essa liberdade, salvo quando a lei determine o contrário. Exemplo de restrição a essa liberdade é a proibição que a Constituição Federal traz no tocante ao trabalho de menores de 14 anos, salvo no caso de aprendiz. O

Estatuto da Criança e do Adolescente é que regula a situação jurídica dos menores de 18 anos e, por isso, pode trazer limitações ao direito à liberdade.

O artigo 5º, II, da Constituição Federal apresenta duas dimensões. Uma, muito clara, que é o princípio da legalidade e outra, que nem sempre é considerada pela doutrina, que é a liberdade de ação. Nas palavras de José Afonso da Silva:

O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade, que, por ser uma garantia individual, merecerá consideração aprofundada mais adiante. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. (1999, p. 239).

Contudo, sempre quando houver dúvida entre a liberdade e a restrição a liberdade, a liberdade sempre prevalece, porque ela é o direito fundamental que não se restringe por suposições ou arbítrio.

2.4.2 Da liberdade de ir, vir e estar.

As liberdades de ir, vir e estar, são atinentes à liberdade de locomoção, que a Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso XV, em sentido mais amplo do que o disposto no artigo 16, I do Estatuto da Criança e do Adolescente. O dispositivo constitucional declara ser livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

A criança e também o adolescente não gozam da liberdade em seu sentido mais amplo, porque sua condição jurídica impõe limitações à sua liberdade de locomoção, por isso que o artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a expressão: "... ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais".

Essa liberdade de ir, vir ou estar não significa que a criança e o adolescente pode locomover-se nos logradouros públicos como quiser, pois estão

sujeitos à autorização dos pais ou responsáveis, que determinarão como será realizada a educação deles. No entanto, os pais ou responsáveis não poderão impor a criança e ao adolescente um constrangimento abusivo ou excessivo, configurando cárcere privado, violência e situação cruel e opressiva.

A criança jamais pode ser privada de sua liberdade e o adolescente somente poderá ser privado de sua liberdade na forma do artigo 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, pode ser apreendido em flagrante, pelo cometimento de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada de juiz competente.

A liberdade de ir, vir e estar, é restringida para a criança nos casos do artigo 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no acesso às diversões públicas e espetáculos classificados como adequados à sua faixa etária, e a criança somente poderá ingressar e permanecer nos locais de apresentação e exibição quando acompanhada dos pais ou responsáveis; artigo 80, as crianças não podem entrar e nem permanecer em locais que explorem jogos e apostas; artigo 83, a criança e o adolescente não podem viajar para fora da comarca, onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem autorização judicial; artigo 84 e 85, a criança não pode viajar para o exterior desacompanhados dos pais ou responsável, sem autorização especial.

Por fim, a liberdade de ir, vir e estar encontra-se protegida pelo *habeas corpus*, de acordo com o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de um “writ” constitucional que visa tutelar a liberdade de ir, vir e estar.

2.4.3 Da liberdade de opinião

A liberdade de opinião é a liberdade de pensamento e de manifestação de pensamento. Ela é prevista no artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal e também está explicitada no artigo 16, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A liberdade de opinião consiste de um indivíduo ter a liberdade de adotar a atitude intelectual, artística e a crença de sua escolha, seja no seu intelecto, no seu pensamento íntimo, ou na exteriorização de seu pensamento.

A liberdade de expressão é o aspecto externo da liberdade de opinião e está consagrada no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal. Consiste na liberdade de o indivíduo exercer a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

A criança deve sempre ser estimulada ao exercício de sua liberdade de expressão sem limites, pois essa atividade constitui um fator de formação da personalidade de muita relevância e por isso nunca deve ser restringida.

2.4.4 Da liberdade de crença e culto

A liberdade de crença e de culto é corolária da liberdade religiosa, cuja exteriorização é a manifestação do pensamento.

Liberdade de crença é o direito de escolha livre da religião, de adquirir ou não uma seita religiosa e de mudar de religião. É algo interno, íntimo, que não precisa ser exteriorizado, ou seja, pode ser uma simples contemplação do sagrado, do ente divino.

Na liberdade de culto ocorre exteriorização da crença religiosa através da prática dos ritos, das cerimônias, manifestações, reuniões, tradições próprias da religião escolhida.

Quanto à liberdade de crença e culto da criança, a família tem uma influência sobre ela. Os pais podem orientar a criança na religião preferida, pois é uma faculdade do poder familiar, como dever de educar os filhos. No entanto, os pais ou familiares não poderão constranger a criança que optou por uma crença diversa da deles.

Entendemos que terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças e cultos às crianças, pois o dever que incumbe o Estado e a sociedade de educar, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, exclui-se a educação religiosa, a não ser que a criança a requeira.

2.4.5 Da liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se

Liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se encontra elencada no inciso IV do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e consiste em deixar a criança colocar em prática sua fantasia, exteriorizando seus pensamentos, que são muito férteis e fantasiosos e também gastar sua energia com esportes e diversões, o que a torna uma pessoa muito mais saudável e alegre.

A liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se é um tipo especial de liberdade, inerente a todas as crianças, onde a criança está em fase de desenvolvimento intelectual e físico e, por isso, necessita muito colocar essa liberdade em prática.

Esse tipo de liberdade visa proteger o reino de fantasia da criança, permitindo levá-la para a ação. A infância é época de brinquedos e qualquer sistema que ignore isso, está educando erroneamente.

Os adultos, como já passaram por essa etapa de desenvolvimento da personalidade e da mente, se esqueceram das fantasias dessa fase e podem, por esse motivo querer impedir de uma criança brincar, praticar esportes e divertir-se, o que pode prejudicar a criança, pois estaria contrariando essas necessidades, que são imprescindíveis nessa fase.

O adulto tem a forma de pensar diferente da forma de pensar da criança e, por isso, algumas vezes pode chegar a privar a criança de brincar, praticar esportes e se divertir. No entanto, a criança tem de aproveitar essa fase para brincar e deixar para se preocupar com o futuro mais tarde.

A prática dessa liberdade é importante para a formação da personalidade do homem de amanhã.

A criança que não se dá oportunidade de brincar, praticar esportes e divertir-se pode se tornar uma pessoa amarga quando adulta, além de uma criança triste e insatisfeita.

As diversões como teatro, dança, música, esportes, etc, estimulam o desenvolvimento intelectual e físico da criança, além do seu espírito criador e as fantasias criativas, fazendo com que as crianças gastem sua energia e seu tempo em algo saudável.

Reconhecer esse tipo de liberdade é apenas um passo para beneficiar a criança, sendo que o segundo e também importante passo para beneficiá-las é a implementação de políticas sociais que ofereçam meios que propiciem a todas as crianças o pleno exercício dessa liberdade.

Ao contrário de muitas outras políticas sociais, está sendo realizada um incentivo às crianças a prática dessa liberdade, por meio do Programa Escola da Família, que é uma iniciativa que une 6 (seis) mil profissionais da educação, 25 (vinte e cinco) mil estudantes universitários e milhares de voluntários para criar uma cultura da paz, despertar potencialidades e desenvolver hábitos saudáveis junto aos mais de 7 (sete) milhões de jovens que vivem no Estado de São Paulo.

Além do Programa Escola da Família, muitos outros programas voltados para a criança e também para o adolescente devem ser implementados, com o fim de atender os interesses das crianças, proteger seus direitos e colocar em prática as políticas sociais do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 227 da Constituição Federal, assegurando o direito à liberdade desses seres, com absoluta prioridade, pois estes são os deveres da família, da sociedade e do Estado.

A liberdade de participar da vida comunitária sem discriminações consiste em preservar o direito da criança de ser criadas e educadas no seio da família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A participação da criança na vida comunitária não é apenas uma espécie de liberdade ou uma possibilidade que se reconhece à criança, mas também um direito subjetivo.

Esse direito subjetivo de a criança participar na vida comunitária requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu acontecimento. As prestações e condições terão de ser prestadas sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações, conforme artigos 3º, inciso IV e 227 da Constituição Federal.

Em se tratando da liberdade de participar da vida política, na forma da lei, elencada no inciso VI do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança não dispõe da capacidade necessária para o exercício de atividades políticas.

O adolescente adquire essa liberdade com 16 anos de idade, quando se reconhece para este a faculdade para o alistamento eleitoral, de voto e filiação partidária.

A criança e o adolescente têm o direito de exercer outras atividades participativas que, num sentido mais amplo, podem configurar como políticas. Exemplo dessa atividade participativa é o direito de organização e participação em entidades estudantis.

2.4.6 Da liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

A liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação, segundo dispõe o inciso VII do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste em reconhecer à criança e ao adolescente a liberdade para escapar das situações agressivas, opressivas, abusivas ou cruéis.

Em decorrência das situações agressivas, opressivas, abusivas ou cruéis, a criança ou o adolescente pode buscar amparo fora do meio familiar, longe de onde ocorrem essas situações.

Tal afirmação encontra amparo nos artigos 86 e 87, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelecem que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente serão realizadas através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atendendo a serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão.

Também os artigos 130 e 141 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevêm medidas para a proteção das crianças e adolescentes vítimas de situações agressivas, opressivas, abusivas ou cruéis. O artigo 130 dispõe que a autoridade judiciária poderá determinar como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum. O artigo 141 dispõe sobre o acesso da criança e do adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

O Poder Público é incumbido de criar as condições necessárias para que a criança e o adolescente convivam em um meio familiar democrático e livre de violências e de opressões. O parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal assim dispõe: “O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um

dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Portanto, as crianças e os adolescentes possuem a liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação, mas o Estado é quem está incumbido de assegurar que isto seja capaz de ser realmente feito.

O direito à liberdade precisa ser efetivado para a criança crescer de maneira natural, saudável e correta, formando a personalidade ideal para o adulto do futuro.

No entanto, qualquer questão envolvendo a liberdade da criança envolve uma problemática. Isso se deve ao fato de a criança estar em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e pelo fato de ela ser uma pessoa subordinada ao pátrio poder.

A liberdade da criança é diferente da liberdade do adulto. A criança possui uma forma diferente de se expressar, sendo, para alguns adultos um incômodo.

Por fim, não se pode medir a liberdade de uma criança como se mede a liberdade de um adulto, ou seja, tem de se ter maior tolerância com a criança, pois ela está em uma fase de muitas mudanças, onde diversas coisas são novidades e, por isso, sua personalidade começa a ser moldada.

2.5 Dos princípios voltados a criança

A Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VII do Título VIII, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxeram alguns princípios relativos aos direitos fundamentais da criança, que serão comentados adiante.

2.5.1 Princípio da Proteção Integral

A proteção integral da criança e também do adolescente se dá quando todo o conjunto de direitos (os direitos fundamentais), ou seja, quando os direitos civis, ou direitos da liberdade e os direitos sociais ou os direitos da igualdade estão efetivamente sendo alcançados. Nesse sentido:

Na base da noção de *proteção integral* está a idéia de *efetivação* de todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, centrada na concepção de que estes *direitos fundamentais* formam um todo unitário e interdependente, que deve ser igualmente assegurado, para que se alcance proteção material plena dos cidadãos crianças e dos cidadãos adolescentes. (MACHADO, 2003, p. 411)

Para conseguir a proteção integral, precisa-se de um tratamento diferenciado da forma como são tratados os direitos fundamentais dos adultos, é preciso o reconhecimento e a efetivação de todos os direitos fundamentais, tanto pelo Estado, como pela família e pela sociedade, formando esses direitos um todo unitário e interdependente. A Constituição Federal adotou a concepção unitária dos direitos humanos, que, como já dito, considera a proteção integral quando todos os direitos fundamentais estiverem suficientemente satisfeitos. Diz-se isso porque:

Na base de proteção integral está a idéia de efetivação dos direitos fundamentais. Logo, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação.

Um deles, como dito, são as políticas sociais públicas.

Outro é a tutela jurisdicional..., penso que o respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento está no centro, também, dos fundamentos de uma tutela jurisdicional diferenciada, que a noção de proteção integral demanda. (MACHADO, 2003, p. 140)

Contudo, para a efetivação dos direitos fundamentais é preciso a criação de instrumentos que a assegurem. Um dos instrumentos para a efetivação desses direitos são as políticas sociais públicas, que instituem programas públicos de atenção aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Outro instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais é a tutela jurisdicional diferenciada para as crianças e adolescentes pela sua condição especial como sujeitos de direitos especiais em relação aos adultos.

O Governo Federal, Estadual, os municípios e toda a sociedade precisam aliar suas forças para implementar esses instrumentos para a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

2.5.2 Princípio do Respeito à Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento

As crianças e adolescentes tem uma personalidade ainda em formação. Esse princípio invoca o reconhecimento da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, e por consequência disso, precisam de um sistema especial de proteção de seus direitos. Vejamos o que diz Martha de Toledo Machado:

(...)Seu conteúdo central é o reconhecimento da condição peculiar de crianças e adolescentes de seres humanos ainda em fase de desenvolvimento, no reconhecimento de que a *personalidade infanto-juvenil* tem atributos distintos da *personalidade adulta*, os quais obrigam a conformação de um *sistema especial de proteção* de seus direitos; esse sistema especial se caracteriza pela positivação de direitos fundamentais específicos de crianças e adolescentes - que se somam aos direitos fundamentais outorgados ao adulto - e pela estruturação especial dos direitos fundamentais daqueles cidadãos peculiares, pela nota distintiva de conformá-los de maneira que produzam essencialmente obrigações de natureza comissiva, e não meramente omissiva, consubstanciadas no *dever de assecuramento* pelo mundo adulto (Estado, Sociedade e Família) dos direitos de crianças e adolescentes. (2003: 411, 412)

A criança está em desenvolvimento de sua personalidade, sendo esta diferente da personalidade do adulto. Por isso tem de se reconhecer para a criança a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, reconhecendo não só os direitos fundamentais dos adultos, como também direitos especiais, específicos das crianças.

Crianças e adolescentes estão em situação especial, de maior vulnerabilidade e por isso carecem de um regime especial de preservação, que garanta o desenvolvimento completo de sua personalidade.

O princípio do Respeito Peculiar Condição de Pessoa em Desenvolvimento consiste em reconhecer que a criança e o adolescente estão em desenvolvimento de sua personalidade (que é distinta do adulto) e garantir a possibilidade de formar a personalidade humana adulta às crianças e aos adolescentes. Vejamos:

(...), em primeiro lugar, emerge, com clareza solar, que os direitos elencados nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal são direitos fundamentais do ser humano e direitos de um ser humano especial. Em segundo, que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes demandam uma conformação especial, uma estruturação distinta daquela conferida aos direitos fundamentais dos adultos, eis que, se assim não se concebesse faltaria o "mínimo necessário e imprescindível" que constitui o conteúdo da noção de personalidade, a que aludia De Cupis; se assim não se concebesse as crianças e os adolescentes seriam apenas objetos de direito do mundo adulto. (MACHADO, Martha de Toledo, 2003: 115, 116)

Antes da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e Adolescente, crianças e adolescentes eram tratados como objetos de intervenção do mundo adulto, figurando como sujeitos titulares de determinados direitos, iguais aos adultos, mas impossibilitados de exercê-los por serem incapazes. Depois do surgimento da Constituição Federal de 1988, passaram a ser considerados como sujeitos de direitos, amparados por direitos especiais em face dos adultos.

2.5.3 Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º “caput”, todos são iguais, sem distinção de qualquer natureza.

Essa igualdade deve ser interpretada da maneira material e não na maneira formal, ou seja, devem ser tratados os iguais e desiguais de forma desigual e os iguais, de forma igual. Dessa forma está se realizando uma igualdade real, perante a vida real e diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

O Princípio da Igualdade de Crianças e Adolescentes consiste em considerar que todas as crianças e adolescentes tem um mesmo estatus jurídico. Dito isto, vejamos o que diz Martha de Toledo Machado:

Todas as crianças e os adolescentes têm um mesmo *status jurídico*, gozando da mesma gama de direitos fundamentais... essencialmente essa é uma das características fundamentais da ruptura do atual paradigma com o paradigma anterior -, não alcanço como se poderia deixar de incluí-lo entre os princípios constitucionais gerais. E a tentativa de fundi-lo com um dos dois anteriores, penso que apenas tornaria menos exato o conteúdo de qualquer deles. (2003: 412)

O ordenamento jurídico concedeu a todas as crianças e adolescentes um sistema de garantias, fundado na sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e vulnerabilidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 227 não menciona sobre essa igualdade de crianças e adolescentes, pois assim o fez no seu artigo 5º. O Estatuto da Criança e Adolescente, em seus artigos 1º e 2º dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, compreendidos entre todos os seres humanos de zero a dezoito anos.

A igualdade entre crianças e adolescentes, está mais evidente ainda no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de trata a 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 dignidade”.

Sendo assim, todas as crianças e adolescentes possuem o mesmo status jurídico de todos os seres humanos, sem o prejuízo do seu sistema especial de proteção, como o da proteção integral e o respeito a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e vulnerabilidade. No mesmo entendimento:

Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228 e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente. (MACHADO, Martha de Toledo, 2003: 146)

O ordenamento jurídico (a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente) não possui a dualidade, a categoria de crianças e adolescentes, todos são considerados como uma só, detentores dos mesmos direitos fundamentais. Isso não impede de o ordenamento reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas.

2.5.4 Princípio da Prioridade Absoluta

O conteúdo central desse princípio é de que todas as crianças e adolescentes, pelo fato de serem seres em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, precisam de prioridade, de atenção especial, sendo que entre uma criança ou um adolescente e um adulto, os primeiros sempre deverão ter prioridade no atendimento de seus direitos. Vejamos o seguinte entendimento:

Vejo esse princípio como um desdobramento do *princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento...* A estrutura especial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes... Em

essência ele comanda que aquelas *obrigações diversas* sejam cumpridas com *prioridade absoluta* pelos obrigados. "Prioridade absoluta", num plano maior de análise, tem no texto constitucional a acepção de "prioridade primeira", de "prioridade número um" da Nação, como meio de equilibrar a desigualdade fática decorrente da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e como meio de obtenção da redução das desigualdades sociais a que alude o artigo 3^o da CF; o sentido de, como regra geral, colocar os interesses de crianças e adolescentes num plano superior aos interesses dos adultos, à luz desses valores maiores. Daí por que essa noção, na tipologia dos princípios, embora imbricada com faceta do respeito à peculiar condição, tem autonomia. (MACHADO, Martha de Toledo, 2003: 412, 413)

Consiste o princípio da prioridade absoluta em o Estado, a sociedade e a família priorizar a asseguaração dos direitos fundamentais e as necessidades das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que são estes seres que estão em estágio de desenvolvimento, tanto no aspecto moral, físico, psíquico, intelectual e social. Vejamos o seguinte entendimento:

Dar prioridade absoluta a esses seres humanos em pleno desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral e social é de fundamental importância, haja vista que, se deixarmos para depois, para o amanhã, poderá ser tarde, pois as necessidades acabam indo embora "ficando apenas as conseqüências irreparáveis da invalidação dos direitos, representada muitas vezes pela morte, debilidade física ou mental, ignorância, ausência de instrumental para enfrentar os desafios do cotidiano, psicoses, neuroses etc. (TAMAOKI, Fabiana Junqueira, 2004:192)

A criança é um ser em estágio de desenvolvimento e por isso ela está em situação de vulnerabilidade e não se pode alongar o atendimento de suas necessidades. Não é correto dar o mesmo tratamento à uma pessoa em estado de vulnerabilidade da mesma forma que um adulto, o que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade. No mesmo sentido pensa Fabiana Junqueira Tamaoki:

As crianças têm a **vulnerabilidade** como noção distintiva fundamental em relação aos seres humanos adultos. E é essa vulnerabilidade que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade, haja vista, serem elas portadoras de uma desigualdade inerente, intrínseca, conferindo-lhes o ordenamento jurídico um tratamento jurídico mais abrangente, com o escopo de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.
Há diferenças óbvias entre as pessoas, que são perceptíveis a olhos vistos, as quais não poderiam ser erigidas como critérios distintivos

válidos para justificar tratamentos jurídicos díspares, como, por exemplo, os homens altos dos homens de baixa estatura. (2004: 192)

Esse princípio tem como o corolário o princípio do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, pois como já dito, a criança está em desenvolvimento e em situação de maior vulnerabilidade, por isso necessitam de prioridade, pois quando as necessidades se forem e as conseqüências ficarem, pode ser tarde demais para se começar a protegê-los.

O princípio da absoluta prioridade, justifica a aparente quebra do princípio da igualdade, pois as crianças e adolescentes estão em situação de vulnerabilidade e sendo assim, em situação de desigualdade em relação a um adulto, o que justifica o tratamento prioritário.

A verdadeira igualdade, isto é, a real interpretação do princípio da igualdade é tratar as pessoas iguais, de forma igual e as pessoas desiguais, de forma desigual. Sendo assim, as crianças e adolescentes merecem serem tratadas de forma diferenciada, recebendo a prioridade, pelo motivo de estarem em desenvolvimento e em situação de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é o fator de desigualação entre as crianças e adolescentes dos adultos. É esse o motivo que permite a quebra do princípio da igualdade, concedendo o ordenamento, uma maior abrangência de normas a crianças e adolescentes.

Esse princípio deve ser respeitado, pois há entendimentos doutrinários e psicológicos de que a criança ou o adolescente, quando mais velhos, poderão se tornar um adulto frustrado.

2.5.5 Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes

A comunidade quando organizada tem um grande poder na resolução dos problemas da sociedade, sendo ela é que deve buscar seus direitos, exigir seus direitos e não esperar que os governantes os concedam de livre e espontânea vontade, o que quase nunca acontece.

Por isso é muito importante a participação da comunidade organizada para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, buscando a efetividade da proteção integral. Isso porque a sociedade ou a comunidade é que, de certa forma deve fiscalizar e participar das políticas públicas para garantir o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Vejamos o que diz Martha de Toledo Machado:

A noção central nesse princípio é chamar a comunidade organizada a participar da defesa dos direitos de crianças e adolescentes, para reforçar a proteção integral. Com efeito, seja porque o *interesse social* na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes é de particular magnitude na Constituição Federal, seja porque a Constituição impôs também à *Sociedade* e à *Família* o *dever de asseguração* dos direitos fundamentais, a *comunidade organizada*, ou a *sociedade civil* para usar outro termo, foi chamada a participar tanto na esfera da tutela jurisdicional desses direitos como na esfera das políticas públicas necessárias à efetivação deles, participando direta-mente da formulação, do controle e da execução das políticas públicas de atenção à infância e à juventude.(2003: 413)

O Princípio da Participação Popular na Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes impõe também à toda a sociedade e à família a defesa e o dever de asseguração dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Tal princípio tem força e independência o suficiente para ser autônomo. Isto porque a quanto à força, a proteção integral obriga a existência de políticas públicas para assegurarem a proteção dos direitos das crianças e adolescentes e quanto à participação da comunidade é um dos princípios constitucionais orientadores da Ordem Social. Da mesma maneira pensa Martha de Toledo machado:

Penso que essa noção tem força e independência suficiente para figurar como princípio autônomo, porque, quanto à primeira, o conceito diz com o reforço da faceta da proteção integral de obrigar políticas públicas que assegurem proteção efetiva dos direitos e de reforçar a faceta da proteção integral que demanda tutela jurisdicional diferenciada desses direitos, pela legitimação da comunidade organizada na provocação da prestação jurisdicional; sobre o aspecto da *autonomia*, ressalto que a *participação da comunidade* é apontada como um dos princípios constitucionais orientadores da Ordem Social (arts. 194 e 204, II, da CF),¹ sendo que último dispositivo vem referido expressamente no artigo 227, § 7º. (2003: 413, 414)

A participação popular acresce a melhor capacidade de uma proteção integral às crianças e aos adolescentes, utilizando-se das políticas públicas e da tutela jurisdicional diferenciada.

O princípio da participação popular na defesa dos direitos de crianças e adolescentes dá a ciência de que a comunidade tem de participar da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, isto porque a própria Constituição Federal impôs à sociedade e à família o dever de assegurar esses direitos.

A população, através da participação popular e da tutela jurisdicional diferenciada, como já dito, potencializa a efetividade da proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, garantindo a proteção integral.

Na tutela jurisdicional diferenciada, a participação da sociedade, oferece na medida que a Constituição Federal criou instrumentos de defesa judicial dos direitos fundamentais, sendo um dos mais importante deles, a Ação Civil Pública, que legitima a sociedade para a provocação da tutela jurisdicional na defesa desses direitos.

No tocante as políticas públicas, a participação popular veio expressa no parágrafo 7º do artigo 227 que remete ao artigo 204 da Constituição Federal, instituindo o controle da execução das políticas públicas relacionadas com a proteção de crianças e adolescentes.

Essa participação da sociedade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes é muito importante para o cumprimento do princípio da proteção integral e também para a diminuição das desigualdades existentes na sociedade.

2.6 O direito à liberdade da criança e do adolescente na atualidade

A Constituição Federal, em seu título VIII, no Capítulo VII e o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziram mudanças significativas em relação à legislação anterior, o chamado Código de Menores, instituído em 1979.

Crianças e adolescentes passaram a ser considerados cidadãos com direitos pessoais e sociais garantidos, invocando o Estado a implementar políticas públicas especialmente dirigidas a esse segmento.

Esses dispositivos, acima citados, asseguraram os direitos à vida, à saúde, à alimentação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade,

ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária a crianças e adolescentes, e também proíbem práticas prejudiciais ao pleno desenvolvimento desses seres em desenvolvimento. Entre os seus objetivos, portanto, está o fim do trabalho infantil, a extinção da violência contra essa clientela e a execução de melhores políticas de saúde e educação.

Evidencia-se, nesses termos, o acolhimento do princípio da proteção integral, que se contrapõe à doutrina da situação irregular do menor antes vigente no código de menores. Em vez de irmanar pobreza e delinqüência e impor à criança e ao adolescente o cumprimento de deveres, como fazia o Código do Menor, o estatuto ressalta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento tanto da criança quanto do adolescente e reconhece seus direitos.

Desse modo, a Constituição Federal, em seu título VIII, no Capítulo VII e o Estatuto da Criança e do Adolescente exigem políticas sociais voltadas para a infância e a adolescência que tenham por pressupostos a descentralização do atendimento, a instauração de relações entre o Estado e a sociedade e a garantia dos direitos de cidadania para crianças e adolescentes.

A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo VII, no seu artigo 227 e seguintes, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente vêm provocando uma série de mudanças na sociedade brasileira, com impacto positivo na qualidade de vida das crianças e dos adolescentes.

O direito à liberdade das crianças ficou reconhecido juntamente com essas mudanças, trazidas pela Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, isso porque também é um direito fundamental, e conseqüentemente mudou a maneira como os adultos encaram as crianças.

No entanto, o que se observa é que o Estado e a sociedade não têm contribuído para a garantia do direito à liberdade das crianças e até mesmo com os outros direitos fundamentais.

Muitos são os casos observados pela mídia de violações aos direitos das crianças. A mídia em muitos casos é o que faz com que autoridades comecem a tomar iniciativas na proteção das crianças contra abusos praticados pelos adultos.

As políticas sociais que tanto ajudariam ao combate das injustiças contras as crianças e a proteger os direitos das fundamentais das crianças, inclusive o da liberdade, quase não existem, o que torna ainda mais difícil a asseguuração

desses direitos, pois se a sociedade não se mobilizar o Estado também não tomará iniciativas realmente satisfatórias na proteção desses direitos.

A família, ao lado da escola, precisa organizar mais programas de políticas sociais com o fim de assegurar esses direitos das crianças e também conscientizar a população de que precisam participar, de adquirirem cultura participativa.

Observa-se também que o governo federal não prioriza a destinação de recursos para os conselhos tutelares e para os conselhos de direitos da criança e do adolescente, tornando-os impossibilitados de funcionarem conforme dispõe a legislação.

Quando surgiu a legislação que resguarda os direitos da criança e do adolescente, com o artigo 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a substituição da doutrina da situação irregular do menor pela doutrina da proteção integral. Observa-se que o Brasil inovou, sendo o primeiro país da América Latina a renovar sua legislação, no que tange aos seres menores de idade.

No entanto, mesmo a legislação tendo sido renovada, trazendo muitas esperanças para o futuro dos direitos das crianças, o que se observa na prática, é que não ocorreram muitas mudanças, tornando, assim, a legislação letra morta ou semimorta.

CAPÍTULO TERCEIRO – Das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente

3.1 Da importância das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente

A política de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes foi instituída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio complementar o artigo 227 da Constituição Federal. São essas políticas que colocarão em prática e também defenderão os direitos das crianças e adolescentes.

A Constituição Federal, com o artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente entraram para a história política e social do Brasil como exemplos de construção cidadã transformando a criança e o adolescente em pessoas que possuem direitos. Esses instrumentos jurídicos abriram as portas de caminhos rumo à cidadania da infância e da adolescência.

Na defesa dos direitos da criança, o Brasil foi o primeiro país da América Latina e um dos primeiros do mundo a ajustar sua legislação com o que há de melhor na normativa internacional.

O artigo 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ultrapassam o modelo da doutrina da situação irregular, do antigo Código de Menores, substituindo-o pelo enfoque da proteção integral da criança e do adolescente, ponto de vista que sustentava a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Esse processo de mudança não resultou do trabalho isolado de um certo grupo de especialistas. Tanto o dispositivo constitucional como a lei que o regulamenta (o Estatuto da Criança e do Adolescente) foram produzidos no seio de um processo de mobilização ética, social e política, que envolveu representantes do mundo jurídico, das políticas públicas e do movimento social.

A implementação de um novo instrumento jurídico é feita de uma maneira muita lenta, trata-se de um processo lento, laborioso e difícil.

Colocar o Estatuto da Criança e do Adolescente na prática e o tirá-lo do papel é uma operação que, além de implicar mudanças no panorama legal dos Estados e Municípios, requer também um esforço para o amplo reordenamento institucional dos organismos que atuam na área.

Este processo necessita, também, de uma atuação concentrada e continuada de capacitação de todo o pessoal dirigente, técnico e auxiliar envolvido diretamente no atendimento à população infanto-juvenil, a fim de implantar práticas novas.

Já pode se dizer que se fez alguma coisa. O Conselho Nacional e quase todos os Conselhos Estaduais já estão funcionando, mas, no entanto, não estão sendo suficientes para garantir a defesa integral de todos os direitos dos adolescentes e crianças.

Muitos Municípios implantaram ou já iniciaram a implantação de seus Conselhos de Direitos, o que está sendo um processo inédito de mobilização em favor da criança. Nunca uma lei organizou tantas pessoas, em tantos lugares diferentes, em defesa de uma mesma causa, qual seja, a criança e o adolescente.

Os avanços, porém, não se resumem ao plano da mobilização. A mortalidade infantil vem sendo enfrentada com seriedade e competência em vários estados do Brasil. Na educação, há Estados e Municípios traduzindo, em termos práticos, o direito à educação como ingresso, regresso, sucesso e permanência de todas as crianças na escola.

No campo da proteção, a criatividade institucional e comunitária de Estados, Municípios e Organizações não Governamentais têm gerado um expressivo elenco de programas voltados para a idéia de "educação o dia inteiro", sem que isso signifique que a criança e o adolescente tenham que permanecer na escola o dia inteiro.

Finalmente, no que diz respeito ao Judiciário, já se pode apontar juízes, promotores e advogados capazes de enfrentar os problemas que envolvem crianças e adolescentes com severidade e justiça, mas, sem abrir mão das garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

Esses profissionais do direito possuem conhecimento e preparação especializados para atuarem na área da infância e juventude, o que significa que não violarão nenhum direito da criança e do adolescente.

No entanto, resta muito a fazer, principalmente no campo das políticas sociais básicas: educação, saúde e profissionalização.

As culturas política, administrativa e técnica, vigentes no passado ainda continuam barrando os avanços dos Conselhos Estaduais e Municipais. E também a burocracia, o corporativismo, o clientelismo e o fisiologismo ficam criando obstáculos aos anseios de participação e de transparência que o novo direito da infância e da juventude, abordados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e Constituição Federal, pressupõe e requer.

Em meio a tantas barreiras a serem derrubadas, entretanto, surgem sinais que nos levam a olhar com alguma esperança para o futuro da proteção aos direitos da criança e do adolescente, com a implementação das políticas sociais ao ponto que garantam a efetivação de todos os direitos a elas concedidas.

A mobilização da sociedade em favor da criança, a cada dia se aprofunda e amplia em todo o país. Essa mobilização é fator essencial para que a criança e o adolescente não tenham seus direitos violados ou esquecidos pelas pessoas que governam o Brasil.

Os Pactos pela Infância, ou sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal, por sua vez, são as demonstrações da capacidade da criança de servir de base para a edificação de consensos em uma sociedade democrática.

As idéias concentradas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente conseguiram colocar, de fato, os direitos da população infanto-juvenil acima de qualquer outro bem ou interesse, pondo de lado as divergências e incompatibilidades que os separam em outros planos da vida nacional.

Infelizmente é impossível negar que há pessoas que pregam o retrocesso ao sistema anterior (o antigo Código de Menores). São tais pessoas e grupos que não acreditam que o Brasil seja capaz de conviver com os avanços mais recentes

no campo dos direitos da criança. Advogam, por isso mesmo, o retorno ao panorama legal anterior à redemocratização.

Para essas pessoas, o mais importante é lembrar que, se é verdade que existe hoje no Brasil uma enorme distância entre a lei e a realidade, o melhor caminho para diminuir essa distância, não é piorar a lei, mas melhorar a realidade, para que ela se aproxime cada vez mais do que dispõe a legislação.

A conquista de um Estado Democrático de Direito em favor da criança e do adolescente não pode ser barrada pelas inúmeras dificuldades que surgem, principalmente a da grande distância entre a lei e a realidade existente no país, pois assim estaria aceitando um retrocesso histórico, onde a criança estaria sendo prejudicada.

O Brasil precisa tirar do papel e tornar letra viva as legislações que tratam dos direitos da criança e do adolescente. Para isso é preciso promover as políticas públicas e adotar uma política sócio-econômica direcionada à educação, à saúde, à moradia, dentre outras prioridades de que as crianças e adolescentes necessitem.

3.2 Das linhas de ação das políticas de atendimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal quando criou a política de atendimento, como forma de a família, a sociedade e o Estado assegurarem os direitos das crianças e adolescentes.

Referida política tem linhas de ações instituídas no artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe o seguinte:

- Art 87º - São linhas de ação da política de atendimento:
- I - políticas sociais básicas;
 - II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
 - III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
 - IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Como já dito anteriormente, não basta ter leis que são excelentes e abrangentes, mas que não são postas em prática. Por isso que a política de atendimento é tão importante, pois ela é que efetivamente irá resguardar o direito da criança e do adolescente.

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu mecanismos para garantir, fazer valer, tornar eficaz, o mandamento do artigo 227 da Constituição Federal, que versa sobre o dever de a família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos da criança e do adolescente, com absoluta prioridade. Vejamos o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 86 A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para a eficácia dos direitos da criança e do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente fixa linhas e diretrizes, contidas no seu artigo 87.

A política de atendimento abrange a promoção, prevenção, proteção e defesa dos direitos da criança, por meio de ações específicas de natureza diferente e complementar na área das políticas sociais básicas, serviços de prevenção, assistência supletiva, proteção jurídico-social e defesa de direitos.

A política de atendimento pode ser realizada por meio de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e também da população, por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a importância das organizações não governamentais e a legitimidade de sua atuação em prol da defesa dos direitos da criança, que se desenvolverá em pé de igualdade com as iniciativas governamentais e exigindo que se preserve o caráter autônomo de organização não governamental.

Pois bem, como dito, o artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente institui linhas de ação da política de atendimento. São essas linhas que garantirão

o fim social do Estatuto da Criança e do Adolescente e também os direitos da criança e do adolescente nele contido.

A busca do fim social do Estatuto é garantida por um conjunto de ações da sociedade e do Estado, através das citadas linhas de ação da política de atendimento. Vejamos o que diz Wilson Donizeti Liberati:

Dispõe o Art. 86 do Estatuto que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (1992, p. 30).

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8069 de 1990), as ações governamentais que visam o atendimento dos interesses dos menores, ou seja, a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, pode ser realizada em conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, que podem envolver também toda a sociedade. Diferente do que ocorria antes, visto que a ação governamental era proposta de forma isolada e autoritária, através de programas e diretrizes desenvolvidos pela Fundação do Bem-Estar do Menor. Vejamos o que diz Wilson Donizeti Liberati:

Antes do advento do Estatuto, a ação governamental era proposta de forma isolada e de maneira autoritária, de cima para baixo, através dos programas e diretrizes desenvolvidos pela Fundação do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, que tinha na Lei Nº 4.513, de 01/12/64, sua criação e fundamento operacional. (1992, p. 30).

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988, com seu artigo 227, envolveram toda a sociedade para ajudar a preservar os interesses dos menores de toda a sociedade, e que poderão realizar a política de atendimento em igualdade com as iniciativas governamentais. Sendo assim, todas as pessoas possuem a capacidade de realizar políticas de atendimento, assim como é para o Estado, sobretudo, este tem a obrigação realizá-las.

Analisaremos agora as linhas de ação da política de atendimento trazidas pelo artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A primeira vem instituída no inciso I do artigo 87 do Estatuto, são as políticas sociais básicas, que são linhas de ação da política de atendimento, exigíveis com fundamento no artigo 227 da Constituição Federal, e no parágrafo único do artigo 4º e nos artigos 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essas ações representam a qualidade de vida de um povo, que devem ser estendidas a toda a população. São políticas públicas que se ausentes colocam o menor em situação irregular, quando cabe uma ação administrativa para corrigir essa ausência. São definidas pela primeira necessidade, como o trabalho, a educação, a saúde, a habilitação, o abastecimento, o transporte, o esporte, o meio ambiente e o lazer.

No entendimento de Wilson Donizeti Liberati (1991, p. 31), a implementação das políticas sociais básicas reveste-se de urgência e de prioridade por parte, primeiro dos órgãos governamentais que detêm o poder de distribuição de verbas públicas e, supletivamente, da família e da sociedade, na elaboração de ações e programas mais adequados às necessidades da comunidade.

Na hipótese de não oferecimento ou oferecimento de forma irregular dos serviços públicos ofendem o atendimento dos direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto, que é garantido pelos artigos 88 e 208 do Estatuto. O não oferecimento ou a oferta irregular são motivos suficientes para ações de responsabilidade civil, previstas no Estatuto (artigos 108 e seguintes), por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente.

Pode ser considerado como uma ofensa aos direitos da criança e do adolescente o exemplificado no artigo 208 do Estatuto, que é a falta ou oferta irregular de ensino obrigatório, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, atendimento em creche e pré-escola das crianças de zero a dezesseis anos de idade, ensino noturno regular, adequado às condições do educando, programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando no ensino fundamental, serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem, acesso às ações e serviços de saúde, escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Uma vez verificada a situação irregular do menor é assegurado, no âmbito administrativo, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos violados e a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa desses direitos e esclarecimento de situações de interesse da criança e do adolescente prejudicado.

No Judiciário, cabe a representação do Ministério Público, que também pode de plano efetivar a propositura das ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados, de acordo com os artigos 208 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o artigo 216 do Estatuto, a sanção é aplicada ao órgão ou entidade irregular e pode também haver a apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou a omissão.

O inciso II do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a segunda linha de ação da política de atendimento, que são as políticas e os programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem.

As políticas e programas assistenciais são constituídos como um conjunto de bens e serviços, destinadas a um grupo de pessoas que estão em situação especial de pessoas em desenvolvimento e pessoas em situação de vulnerabilidade e, por isso, necessitam de especial apoio.

A base desses programas de assistência social em caráter supletivo é uma situação de desigualdade social, que é incapaz de desaparecer pela atuação dos mecanismos postos pela política social básica.

As políticas e programas de assistência social não são dirigidas para toda a coletividade, mas sim para todas as pessoas que estão privadas de um patamar de dignidade e bem estar oferecidos somente com as políticas sociais básicas e, por isso, o Estado tem de prestar a assistência social, como uma forma de complementar as políticas sociais básicas.

Essa linha de ação da política de atendimento é devida para as pessoas que dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social. Ela é garantida pelo artigo 203 da Constituição Federal, que traz em seus incisos os seus objetivos:

I - a proteção da família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

As políticas e programas de atendimento possuem caráter supletivo e por isso, devem ser criadas como um suplemento às demais políticas sociais que não conseguem por si só garantir o atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Políticas e programas de assistência social, não devem ser implementados isoladamente, mas sim como complemento das políticas sociais básicas.

O inciso III do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a terceira linha de ação da política de atendimento, que são os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão.

Os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial servem, como o próprio nome já diz, para situações de proteção “sui generis” tem como destinatários as crianças e adolescentes com risco pessoal e social. São situações que ultrapassam a esfera das políticas sociais básicas e assistenciais, pois exigem um esquema especial de abordagem e tratamento.

Sendo assim, mesmo a criança e o adolescente recebendo atendimento pelas políticas sociais básicas e de assistência social, ocorrendo alguma das situações exemplificadas no inciso III do artigo 87 do Estatuto, terão direito ao atendimento de suas necessidades pelos serviços sociais de prevenção e atendimento médico e psicossocial.

Quando se trata de questão que envolve uma criança ou adolescente, o problema é social e, por isso, cabe ao Estado e a sociedade providenciar uma solução a essa questão.

O inciso IV do artigo 87 do Estatuto instituiu a quarta linha de ação da política de atendimento, trata-se do serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos.

Essa linha de ação da política de atendimento foi criada pela observância de um elevado número de crianças e adolescentes ou seus pais desaparecidos. Por essa estatística, pela conseqüência danosa ao menor desaparecido ou aos seus pais e também para a organização social, resolveu-se criar os serviços de identificação e localização.

Ficou estabelecido que deve ser garantido a presença desses serviços à sociedade, que podem ser exigidos judicialmente.

A não oferta ou a oferta irregular desse tipo de serviço acarreta a possibilidade de medidas administrativas ou judiciais, por meio de petição aos poderes públicos em defesa desse direito ou por meio de obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa desse direito e esclarecimento das situações. Cabe também ao Ministério Público a representação ou a efetivação com a propositura de ações de responsabilidade pela ofensa aos direitos, sendo isso assegurado pelos artigos 208 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A última linha de ação da política de atendimento e instituída pelo inciso V do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente é a proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

O direito positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente criou vários direitos para os menores.

No entanto, tais indivíduos estão em situação especial e sequer sabem quais são os seus direitos. Ficam, portanto, desprotegidos e em muitos casos seus direitos são atropelados.

Essa linha de ação da política de atendimento consiste em oferecer mecanismos concretos de se fazer valer o Direito Positivo, com a proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Analisando essas linhas de ação da política de atendimentos, se chega à conclusão do quão importante ela é, pois não basta se ter o direito abstrato, mas que não se coloca em prática. Com esses dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente ficou estatuído, com força de exigibilidade que as comunidades podem exigir, pela via administrativa ou judicial, que a presença de entidades de defesa dos direitos se viabilize.

As linhas de ação foram criadas para alcançar o máximo de situações possíveis, mas mesmo assim é difícil proteger todos os direitos das crianças e adolescentes, pois a tarefa é árdua.

Os direitos fundamentais devem ser garantidos em primeiro lugar e para isso servem as políticas sociais básicas. Se estas não bastarem para resolver todos os problemas, se implementa políticas e programas de assistência social

para suplementá-las e caso surja alguma situação especial, também são asseguradas as políticas de proteção especial.

CAPÍTULO QUARTO – As violações ao direito à liberdade da criança

4.1. Das restrições legais e sociais ao direito à liberdade da criança

O direito à liberdade, como já visto anteriormente, não é amplo para a criança, ou seja, o direito à liberdade da criança não é aplicado em sua integralidade, pois alguns aspectos não são compatíveis com seu estágio de desenvolvimento, sua mentalidade e idade.

Quando alguma espécie de liberdade não é aplicada à criança, lhe é restringida tal liberdade. No entanto, essa restrição ao direito à liberdade da criança é legal, e sendo assim é uma restrição feita com o intuito de proteger o próprio interesse da criança.

Trata-se de uma situação em que a criança não possui a capacidade de usufruir todas as qualidades e tipos de liberdade que um ser adulto e até mesmo um adolescente poderia usufruir.

Essa restrição é feita de maneira legal, pelo próprio legislador, para que seja protegida a integridade da criança, que não possui a capacidade de lhe ser atribuída a prática desses aspectos do direito à liberdade, pois não possui o discernimento necessário para exercê-las.

Se a criança vier a usufruir desses aspectos do direito à liberdade que lhe é restringida legalmente, poderá ficar em situação de maior vulnerabilidade e acabar sendo prejudicada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 15, refere-se ao direito à liberdade da criança e do adolescente e em seu artigo 16, elenca os aspectos do direito à liberdade.

No artigo 16, o legislador preocupou-se em acrescentar os aspectos referentes a apenas ao direito à liberdade da criança e do adolescente, ou seja, os aspectos em que a criança e o adolescente possuem capacidade e discernimento para usufruí-los, no entanto, essa relação do artigo 16 não é taxativa, e podem existir outras formas de expressão do direito à liberdade.

Sendo assim, analisando os aspectos do direito à liberdade do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente não abrange todo o seu conteúdo, mas somente os aspectos que o legislador teve como mais pertinentes à criança e ao adolescente.

Outra forma de restrição ao direito à liberdade do direito da criança é a restrição social.

Enquanto que a restrição legal feita pelo legislador visa proteger ou evitar que a criança esteja em situação de vulnerabilidade e com isso proteger a criança, a restrição social ao direito à liberdade da criança viola a lei e deixa desamparada a criança.

A restrição social nunca pode ocorrer, porque ela viola o direito à liberdade garantido por lei e com isso prejudica a criança. Em outras palavras, a restrição social do direito à liberdade não é apenas uma mera restrição, mas sim uma violação ao direito à liberdade da criança.

Partiremos agora para o estudo das restrições legais e sociais (ou violações sociais ao direito à liberdade da criança) das formas de expressão e aspectos do direito à liberdade da criança, elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal.

A primeira restrição, que viola o direito à liberdade da criança e do adolescente se encontra previsto no artigo 16, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 5º, incisos II, XV, XVI, LXI e LXVIII da Constituição Federal.

Essa violação consiste em privar a criança ou o adolescente da liberdade, precedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente.

A criança jamais pode ser apreendida em estado de flagrância de ato infracional, sob pena de esta prisão ser ilegal e o agente que efetuou a prisão cometer o crime de apreensão ilegal, previsto no artigo 230 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isto se deve porque a criança somente está sujeita a medidas de proteção, previstas no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quando a criança for conduzida à autoridade judiciária ou tutelar deverão ser observadas as formalidades estatutárias, sob pena de o agente incidir na previsão do artigo 232 do Estatuto, por submeter criança ou o adolescente a vexame ou a constrangimento.

A violação, nesse caso, afeta a liberdade de locomoção e ação da criança, contida nos referidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

O Estatuto trouxe restrições à liberdade de locomoção e ação da criança, ou seja, as restrições legais ressalvadas pelo inciso I do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que como já dito, essas restrições são para a proteção da integridade da criança, que está em situação de vulnerabilidade.

Uma das restrições legais é a contida no artigo 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se da restrição de permitir que a criança ingresse e permaneça somente em locais de apresentação ou exibição classificados como adequados à sua faixa etária. Também no parágrafo único do artigo 75, traz a restrição de que a criança menor de dez anos somente poderá ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhados dos pais ou responsáveis.

O referido artigo diz que a criança terá o acesso às diversões e espetáculos adequados à sua faixa etária, mas restringe o direito à liberdade da criança visando proteger sua integridade; e o descumprimento desse artigo leva ao cometimento das infrações tipificadas nos artigos 254, 255 e 258 do mesmo Estatuto.

Outra restrição legal ao direito à liberdade de locomoção e ação da criança é a contida no artigo 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse artigo discorre sobre a proibição de crianças e adolescentes entrarem e permanecerem em estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou casas de bilhar de jogos, que realizem apostas, ainda que eventualmente.

Os donos destes estabelecimentos cuidarão para que as crianças e adolescentes não entrem e permaneçam nestes locais, bem como deverão afixar aviso para orientação do público.

Esta restrição legal ao direito à liberdade de ação e locomoção visa também proteger a integridade da criança, que poderá ser prejudicada através do hábito por jogos.

O desrespeito dessa regra gera diversas penalidades levando até o fechamento dos estabelecimentos em que ocorrer a infração.

Outras restrições legais ao direito de liberdade de locomoção e ação da criança são as trazidas pelos artigos 83, 84 e 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente. São restrições quanto à possibilidade ou não de uma criança poder viajar.

A restrição do artigo 83 diz respeito à viagem realizada para fora da comarca onde a criança reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

No artigo 84, a restrição consiste em proteger a criança na situação onde pais separados de fato ou judicialmente, a tratam como um bem a ser disputado e não como uma pessoa, agindo como se tivessem o direito de levá-las onde bem entenderem, não respeitando a sua vontade.

O artigo 85 trata da proibição de a criança nascida em território nacional, sem prévia e expressa autorização judicial, poder sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior. Tal dispositivo visa proteger a criança do tráfico de crianças, que é um crime capitulado no artigo 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa-se que a norma impôs uma restrição legal ao direito à liberdade da criança e a violação dela implica em violação desse direito.

Quanto à liberdade de expressão e de opinião, contidas no inciso II do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existem também algumas restrições.

O parágrafo 1º do artigo 28 e o parágrafo 2º do artigo 161, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, dizem, respectivamente, que na colocação em família substituta e em modificação de guarda, sempre que possível, a criança deve ser previamente ouvida e sua opinião devidamente considerada.

Podendo a criança exprimir sua vontade sobre sua colocação em família substituta e na mudança da guarda, deve o juiz pesar sua decisão com base na vontade expressa da criança, a respeito de ir para esta ou aquela família substituta ou de ficar onde se encontra. Isto visa facilitar a adaptação da criança em seu novo lar, o que torna uma opção mais benéfica para esta.

A respeito da possibilidade de oitiva da criança, vejamos o que diz Cury, Garrido e Marçura:

“A oitiva será sempre obrigatória quando a criança ou adolescente puder exprimir sua vontade, devendo sua opinião ser sempre considerada” (1991, p. 84)

O magistrado, para contrariar a opinião da criança deve fundamentar sua decisão, indicando o local que melhor atender às suas necessidades de formação, amparo e cuidados.

Caso o magistrado não fundamente a decisão que contrarie a vontade da criança, conseqüentemente, estará violando o direito à liberdade de opinião e expressão da criança que lhe é conferido pelo artigo 16, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A criança também tem liberdade quanto à opinião e expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, independente de censura ou de licença. Esta liberdade é garantida pelo artigo 16, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal.

O inciso III do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz outro aspecto do direito à liberdade da criança. Trata-se da liberdade de crença e culto religioso.

Além do artigo supra citado, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso VI, também traz a liberdade de crença e culto religioso dizendo ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos, assim como a proteção aos locais onde estes se realizarão.

O adolescente tem direito a receber assistência religiosa, sempre respeitando sua crença, quando estiver privado de liberdade nas entidades civis e militares de internação. Isto é garantido pelo artigo 124, inciso XIV do Estatuto da Criança e do Adolescente e inciso VII do artigo 5º da Constituição Federal.

Deve ser respeitada a liberdade de crença e de culto religioso em relação à criança. Isto equivale a dizer que, quanto à liberdade de culto religioso, ela pode escolher sua religião ou seita religiosa, pode não acolher nenhuma delas ou também mudar de religião ou seita religiosa. Quanto à liberdade de crença, a criança pode livremente contemplar seu ente sagrado e exteriorizar sua crença, quando então se realiza o culto religioso.

Pode-se considerar uma violação ao direito de crença e de culto religioso da criança quando terceiros, autoridades, entidades e instituições impõem crenças e cultos à criança. No entanto, não se considera violação a esse direito quando a família orienta a criança para uma religião.

O direito dos pais orientarem seus filhos quanto à religião não pode ser retirado, até porque essa orientação faz parte do exercício do poder familiar, na qual os pais tem a obrigação de educar seus filhos menores. No entanto, não pode ser realizado o constrangimento da criança quando esta optar por crença e culto religioso diverso dos escolhidos por seus pais ou familiares.

Quanto aos dizeres do artigo 227 da Constituição Federal, em relação ao dever de o Estado, a sociedade e à família de assegurarem os direitos das crianças e dos adolescentes, entre eles, garantir educação, não se considera como parte desse o dever de impor uma crença e culto religioso. Nada impede que a criança ou o adolescente interessado em educação religiosa requeira orientação sobre esse assunto e a mesma lhe seja oferecida.

Com o inciso IV do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente ficou reconhecida a liberdade de a criança brincar, praticar esportes e divertir-se, que é uma espécie ou aspecto do direito à liberdade muito importante para garantir o desenvolvimento saudável da criança.

Com esse aspecto do direito à liberdade, que a criança colocará em prática suas fantasias, que são próprias dessa fase. Não pode essa liberdade ser restringida por simples arbítrio de um adulto que já passou deste momento ou fase da vida e que por isso não se recorda e não se dá conta quão importante é extravasar essas fantasias.

É inadequada a educação quando feita de modo a restringir o direito à liberdade da criança de brincar, praticar esportes e divertir-se. Igualmente inadequada é a educação que não oferece meios da criança colocar em prática o

direito de brincar, praticar esportes e divertir-se, o que também configura uma restrição a esse direito.

Nas duas hipóteses acima citadas, a restrição além de ser social, também é ilegal e não causa nenhum benefício à criança, pelo contrário, prejudica-a, podendo torná-la um adulto instável e amargo, pois os danos decorrentes da proibição da criança usufruir essa liberdade são incalculáveis.

O artigo 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente auxilia a idéia de proteção desse direito, pois em seu texto diz que a criança e o adolescente têm o direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A criança possui também o direito de participar da vida familiar e comunitária livremente e sem discriminações, que é regulado no artigo 16, inciso V do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse aspecto do direito à liberdade da criança envolve o direito à convivência familiar e comunitária, descrito no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Consiste na prática de atos que propiciem condições favoráveis para a criança viver no seio da família natural e na família substituta, assim como também em sociedade.

Portanto, dependem de um conjunto de atos positivos e também negativos para se garantir a efetivação desse direito.

As violações ou restrições sociais ao direito à liberdade da criança se configuram com a realização de distinções de qualquer natureza, preconceitos de origem, sexo, cor, idade e todas as outras formas de discriminações feitas com a criança no âmbito familiar e social, assim também como privar essa criança de participar livremente de sua vida familiar e comunitária.

Os artigos 3º, inciso IV; 5º, “caput”; e 227, todos da Constituição Federal, defendem esse direito, pregando que não se deve haver preconceitos e discriminações entre as pessoas e que todos são iguais perante a lei.

Quanto ao direito de participar da vida política, o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu o inciso VI no artigo 16. Tal inciso garante a liberdade de participar da vida política, na forma da lei.

No entanto, o dispositivo em estudo foi introduzido na intenção de garantir esse direito apenas ao adolescente maior de 16 anos, que quando completos,

terá a faculdade de realizar as atividades de alistamento eleitoral, de voto e filiação partidária.

Para a criança e para o adolescente menor de 16 anos é restringido esse direito, pois eles não possuem a capacidade necessária para o exercício dessa liberdade. Essa restrição é legal e visa proteger a integridade desses seres, não lhes precipitando um direito que não seriam capazes de realizá-lo adequadamente.

Todavia, a criança e o adolescente menor de 16 anos possuem o direito de participar de outras espécies de atividades políticas, como é o caso do direito de organização e participação em entidades estudantis, disposto no artigo 53, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro aspecto do direito à liberdade da criança que é muito importante encontra-se elencado no inciso VII do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse dispositivo consiste em conceder à criança a liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação fora do próprio seio familiar.

Quando ocorrer de a criança se ver cercada de uma situação agressiva, opressiva, abusiva ou cruel, tem ela o direito de buscar refúgio, auxílio e orientação fora do próprio meio familiar.

Restringir esse direito é deixar a criança em uma situação de perigo sem lhe dar socorro. Por isso, trata-se de uma restrição social e ilegal, que se configura também quando o Poder Público não cria as condições necessárias para que a criança conviva em um ambiente familiar democrático e livre de violências e opressões.

O artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, garante esse direito exigindo que o Estado assegure a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em seu artigo 130, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê que na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da mesma moradia do menor.

Um grande auxílio que deve estar presente à disposição de todas as crianças e que visa preservar esse direito são os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos,

exploração, abuso, crueldade e opressão. É uma linha da política de atendimento e está prevista no artigo 87, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra forma evidente de violação ao direito à liberdade da criança, em todos os seus aspectos é o trabalho infantil.

Atualmente o trabalho é algo disputado por todos, dada a sua escassez e pelas lamentáveis condições de sobrevivência da população, devida a péssima distribuição da renda no país. Por isso e por outras condições presentes no Brasil, as crianças precisam cada vez mais iniciar sua vida profissional prematuramente.

O trabalho para a criança e para o adolescente menor de quatorze anos é visto por muitas pessoas como favorável, no entanto é errada essa percepção, pois o trabalho para os seres nessa idade traz conseqüências desfavoráveis, violando tanto o direito à liberdade como os demais direitos inerentes ao ser humano.

O trabalho infantil prejudica ou em muitos casos até inibe a educação, a formação escolar, a formação profissional, assim como também atrapalha o regular desenvolvimento da criança.

A criança precisa de sua liberdade para exercitar as importantes práticas inerentes dessa idade, mas o trabalho, pela rigidez requisitada no seu exercício e pelo tempo despendido no mesmo, tira sua liberdade, impossibilitando que se desenvolva normalmente.

Não para por aí os efeitos catastróficos do impacto do trabalho infantil para as crianças. A saúde também é prejudicada pelos ambientes insalubres e que contenham riscos de acidentes no trabalho. Riscos que são agravados pela inexperiência e habilidades motoras ainda em desenvolvimento e, portanto, não preparadas para o trabalho.

Por essas e outras razões o trabalho infantil pode e deve ser considerado como uma grave violação ao direito à liberdade da criança e, por isso, tem de ser realizadas várias operações em busca de que ele seja erradicado.

Na intenção de extirpar o trabalho para as pessoas menores de quatorze anos de idade, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu conjunto de artigos a disciplina quanto a isso. É tratada a questão no seu artigo 60, que proíbe qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

A Emenda Constitucional Nº 20/98, alterou a idade mínima para o trabalho para 16 anos e, na condição de aprendiz permitindo somente com a idade mínima de 14 anos.

Sendo assim, a criança jamais poderá trabalhar, mesmo que na condição de aprendiz. Vejamos o que diz Válter Kenji Ishida:

Dessa forma, proíbe-se qualquer tipo de trabalho aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz. (2004, p. 127)

O artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, ficou com a redação de forma a evitar qualquer interpretação incorreta da lei, impedindo que as pessoas continuassem utilizando a criança como se estivessem na condição de aprendiz, mas que na verdade estariam trabalhando.

O que se pode afirmar é que o trabalho infantil prejudica a criança, privando-a da liberdade, educação e da dignidade. O povo brasileiro também tem o dever de contribuir para erradicar o trabalho infantil e abandonar a idéia de que crianças e adolescentes só podem ser ajudadas por “autoridades”.

O direito à liberdade da criança é tão ou mais importante que de qualquer adulto e por isso deve ser respeitado, não se admitindo nenhuma violação só porque são seres vulneráveis perante os adultos. Por estarem neste estado e em situação peculiar de desenvolvimento e risco, é preciso obedecer aos dizeres do artigo 227 da Constituição Federal, ou seja, a família, a sociedade e o Estado devem assegurar os direitos da criança.

4.2 Formas de evitar e combater as violações ao direito à liberdade da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no seu corpo um Título sobre a prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente, trata-se do seu Título III, denominado “Da Prevenção”.

Com a chamada “prevenção”, o Estatuto reforça a idéia dada pelo artigo 227 da Constituição Federal de chamar a família, a sociedade e o Estado para prevenir as ocorrências de ameaça ou violação dos direitos da criança.

Vejamos o que diz Válder Kenji Ishida a respeito desse assunto:

Objetivou o legislador conscientizar a sociedade no que concerne à preservação dos direitos da criança e do adolescente. Como assinalado, o servidor público possui obrigação de comunicar qualquer irregularidade nessa matéria, sob pena de cometimento de infração. (2004, p. 135)

Na prevenção dos direitos da criança, a sociedade é uma peça importante e, por isso, o legislador a invocou para essa atitude.

Prevenir, ou seja, evitar a violação ao direito à liberdade da criança consiste na ação da família, sociedade e Estado em evitar determinadas atitudes que venham a prejudicar e desrespeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento da criança.

São necessárias atitudes que venham propiciar cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e, de outra banda, evitar produtos e serviços que desrespeitem a fragilidade da criança.

Vejamos o que diz o artigo 71 do Estatuto:

Art. 71. A criança e o adolescente tem o direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O Poder Público irá regular as diversões e espetáculos públicos e informará sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não são recomendados, locais e horários de apresentação inadequada, tudo isso para que a criança possa ter acesso a eles.

Quanto aos produtos e serviços, o Estatuto coloca proibições à venda de produtos e prestação de serviços às crianças e adolescentes em seus artigos 81 e 82. Também coloca restrições quanto à viagem de crianças e adolescentes em seus artigos 83 a 84.

Entretanto, como forma de prevenção e combate às violações ao direito à liberdade e também a todos os outros direitos da criança e do adolescente, é importante ressaltar a política de atendimento, estudada no capítulo 3º.

Como já dito anteriormente, se a política de atendimento for colocada em prática, a lei deixará de ser letra morta e passará a ser letra viva e com isso, os direitos da criança estarão sustentados, ou seja, ficarão apoiados em um conjunto

de ações governamentais e não governamentais, alcançando um patamar onde sua violação se tornaria inviável.

Considerações Finais

A atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 elevou as crianças e adolescentes à categoria de sujeito de direitos. Em seu artigo 227 chamou toda a sociedade, a família e o Estado à “luta” para assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes. Posteriormente, esse artigo foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que superava o injusto Código de Menores, que simplesmente tratava da criança e do adolescente somente quando estavam em situação irregular.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, esses menores passaram a um patamar de seres protegidos integralmente, devendo ter seus direitos protegidos por todos, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Entretanto, mesmo decorridos vários anos da implementação dos inovadores dispositivos voltados à criança e ao adolescente, a sociedade e o Estado se encontra em fase de adaptação dos direitos das crianças e dos adolescentes e a conscientização de uma parte da sociedade teima em não reconhecer esses seres como sujeitos de direitos.

Pode-se indagar se o que foi feito até agora para resguardar os direitos das crianças e adolescentes é o suficiente. Observa-se que, mesmo tendo havido mudança do panorama dos direitos das crianças e dos adolescentes ter sido resultado de mobilização ética, social e política, atualmente, ainda se vê muitos casos de violações aos direitos das crianças.

Muitas pessoas criticam o Estatuto da Criança e do Adolescente em vários aspectos, assim como também o interpretam de formas diferentes. Mas, nada disso justifica o retrocesso ao antigo sistema vigente, argumentado por alguns. Não se pode retroceder à antiga legislação e deixar novamente as crianças desamparadas pelo fato de a realidade não se adaptar ao que diz a Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

O que mais falta para que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente seja cumprido é atitude. Atitude esta que não cabe somente ao Estado, mas também à família, e à sociedade, em proteger os direitos da criança e do adolescente e efetivando as normas do Estatuto e da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: lei n. 8069 de 13 de julho de 1990**. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CAVALLIERI, Alyrio. **1000 perguntas: Direito do Menor**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio – Estácio de Sá, 1983.

CARVALHO, Jéferson Moreira de. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Manual Funcional**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

CONGAR, Yves. **As várias faces da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

Conselho Regional de Psicologia. **Trancar não é tratar: liberdade o melhor remédio.** São Paulo : Conselho Regional de Psicologia - 8ª região, 1997.

CURY, Munir. GARRIDO, Paulo Afonso. MARÇURA, Jurandir Roberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. MENDEZ, Emílio García. **Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003 6. ed., rev. e atual. pelo novo código civil.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 9. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Crimes contra a criança e o adolescente.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito Natural – Visão Metafísica e Antropológica.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente : doutrina e jurisprudência.** 3. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2001.

FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico : generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEVISKY, David Léo. **Adolescência e violência: ações comunitárias na prevenção: conhecendo, articulando, integrando e multiplicando.** 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, Editorial Heroica, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1991.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. 1ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

PRADO JÚNIOR, Caio. **O que é liberdade**. São Paulo : Brasiliense, 1985.

TAPAI, Giselle de Melo Braga. **Estatuto da criança e do adolescente e legislação correlata**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TAMAOKI, Fabiana Junqueira. **O Sistema Constitucional de Proteção da Criança Ante a Publicidade**. Dissertação de mestrado na Instituição de Ensino de Bauru – Centro de Pós-graduação. Bauru: 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.