

DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA

José Afonso da Silva

*Professor da Universidade de São Paulo – USP - aposentado
Secretário da Segurança Pública de São Paulo*

SUMÁRIO

1. Questão de ordem - 2. A Convenção e a Constituição – 3. Direitos fundamentais da criança – 4. Direito à liberdade – 5. Conclusão: reconhecimento de direitos e realidade

1 - Questão de ordem

1.1- Este texto tem por objetivo a discussão de uma dimensão dos direitos humanos – *os direitos humanos da criança, em especial o direito de liberdade da criança* – nem sempre lembrada nas exposições e textos sobre os direitos fundamentais da pessoa humana. A discussão terá como pano de fundo a Convenção da ONU sobre os direitos da criança e sua repercussão no direito constitucional brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei 8.069, de 13.7.1990.

1.2- Criança, segundo essa Convenção, é todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (art. 1º). Como, no Brasil, aos dezesseis anos a pessoa adquire relativa capacidade jurídica, o Estatuto considera criança a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Isso quer dizer que o conceito de criança, nos termos da Convenção, abrange, no sistema brasileiro, a criança e o adolescente. Vamos, no entanto, nos referir aqui fazendo essa distinção.

2 - A Convenção e a Constituição

2-1. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.12.1989, foi ratificada pelo Brasil em 24.9.1990. Essa conversão lhe dá força de norma jurídica interna. Precedente de mais de ano à adoção daquela Convenção, já estava em vigor a Constituição de 1988 que consagra à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagradores de direitos fundamentais da pessoa humana cujo conteúdo foi explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela já referida lei 8.069/90.

2.2.- O art. 227 da Constituição de 1988 é, por si só, uma carta de direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por isso é importante transcrevê-lo aqui:

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

Seguem-se nos parágrafos desse artigo providências visando a conferir eficácia aos direitos ali prometidos, como direito de proteção especial nas relações de trabalho e previdenciário, respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade, incentivos ao recolhimento, sob a forma de guarda de criança ou adolescente órfãos ou abandonados, programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins, severa punição ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente e a solene declaração de que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

3 - Direitos fundamentais da criança

3.1.- Esses direitos fundamentais da criança especificados no art. 227 da Constituição não significam que as demais previsões constitucionais desses direitos não se lhes apliquem. Ao contrário, os direitos da pessoa humana referidos na Constituição lhes são também inerentes. Mais do que isso até, já que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3.2.- Isso está traduzido no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), segundo o qual a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa 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. Paolo Verelone, Presidente da Associação Internacional de Juízes de Menores e de Família, comentando esse artigo, observa que o elenco de direitos nele assegurados aparece como uma solene declaração de princípios, análoga a outras, contidas em Cartas Constitucionais e convenções internacionais.

“Trata-se [conclui] de técnica legislativa usual quando se faz uma revolução, quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e se coloca agora em primeiro plano na ordem de prioridade dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas se trata, contudo, de uma revolu-

ção, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos”.¹

3.3.- Esses direitos fundamentais são especificados no Título II do Estatuto, em capítulos sobre o direito: (1) à vida e à saúde, (2) o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, (3) o direito à convivência familiar e comunitária, (4) o direito à educação, à cultura e ao esporte e ao lazer e (5) o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

3.4.- Não cabe, no espaço desta exposição, descer aos pormenores desses direitos. Cumpre, no entanto, observar com Deodato Rivera, que, na hierarquia dos direitos que regulamenta, o Estatuto situa o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade imediatamente após o direito à vida e à saúde e antes dos direitos à convivência familiar e comunitária, à educação, cultura, esporte e lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho, e que essa ordem nada tem de acidental, pois visa a colocar os dois primeiros direitos fundamentais como *direitos-fins*, para os quais os mais são *direitos-meios*.

“De fato [conclui o autor citado], a trilogia liberdade-respeito-dignidade é o cerne da doutrina da proteção integral, espírito e meta do Estatuto, e nesses três elementos cabe à *dignidade* a primazia, por ser o coroamento da construção ética estatutária”.²

3.5.- Com efeito, o art. 7º estatuí que a criança e o adolescente têm o direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, e os arts. 8º a 14 delinham as bases sociais destinadas a tornar eficazes os direitos ali reconhecidos. O art. 15 enuncia a trilogia básica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente ao declarar que estes têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. O *direito ao respeito* consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança ou do adolescente, declara o art. 18 que é dever de todos velar por ela, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

4 - Direitos à liberdade

4.1.- Fundamentos normativos – O direito da criança à liberdade é especialmente reconhecido na Convenção sobre o Direito da Criança, em suas várias manifestações: liberdade de opinião, de expressão, de informação, de pensamento, de consciência e de crença, de professar uma religião, de associação e de reunião. Esses direitos também são reconhe-

¹ Cf. Munir Cury (Coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 17.

² Cf. Munir Cury (Coord.), *ob. Cit.*, p.81.

cidos à criança na Constituição brasileira, em termos genéricos em seu art. 227, onde se estabeleceu que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à liberdade, o que remete a todos os dispositivos constitucionais que especificam os diversos aspectos da liberdade.

Esses aspectos são enunciados no art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos seguintes:

“Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e de expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – brincar, praticar esportes e divertir-se;

V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações;

VI – participar da vida política, na forma da lei;

VII – buscar refúgio, auxílio e orientação”.

Pode-se perguntar se essa enumeração do conteúdo da liberdade reconhecida à criança e ao adolescente não é limitativa, e até mesmo se pode indagar se é adequado a uma lei disciplinar essa matéria que é essencialmente de natureza constitucional e, na Constituição, ela já é amplamente assegurada. De fato, a rigor, não era necessário que a lei ordinária cuidasse desse assunto. Ao fazê-lo, porém, não se pode ter a sua disciplina como limitadora, de sorte que o enunciado do artigo é puramente exemplificativo, conforme se perceberá nos comentários que seguem.

4.2.- Fundamentos constitucionais – A Constituição garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à liberdade em todas as suas manifestações (art. 5º). Entre os brasileiros e estrangeiros residentes no País acham-se as crianças e os adolescentes de ambos os sexos. A contrapartida do direito à liberdade a estes reconhecido no art. 5º se encontra no art. 227 que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-lo.

4.3.- Sistematização – O direito à liberdade é uma das formas expressivas dos direitos fundamentais da pessoa humana, que o Estatuto menciona em vários dispositivos em favor da criança e do adolescente, como nos arts. 3º, 4º, 5º, 15, 106 e 230. Mas é o art. 15 que contém a norma atributiva do direito à liberdade à criança e ao adolescente, de acordo com os arts. 5º e 227, caput, da Constituição de 1988, deixando, no entanto, a explicitação do seu conteúdo para o art. 16.

4.4.- Conteúdo - A liberdade no seu sentido externo, chamada liberdade objetiva (liberdade de fazer, liberdade de atuar), tem um conteúdo que se manifesta sob vários aspectos em função da multiplicidade de objetos da atividade humana. À vista desses modos particulares de expressão da liberdade é que os autores falam em: a) *liberdade da pessoa*

física (liberdade de locomoção, de circulação, ou liberdade de ir, vir e de estar); b) liberdade de pensamento, (que inclui as “liberdades” de opinião, de religião, crença, informação, artística, comunicação do conhecimento); c) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); d) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); e) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).³

Algumas delas não se aplicam à criança como as liberdades de iniciativa econômica, de comércio e de contrato, nem a de escolha de trabalho, ofício e profissão, porque seu exercício requer condições de capacidade que ela não possui, dado que lhe falta o discernimento adequado para determinar-se convenientemente em face do objeto da escolha. O adolescente, depois dos dezesseis anos de idade, adquire relativa capacidade para o exercício dessas liberdades (CC, art. 6º, I), assistidos pelos pais ou tutores (CC, arts. 384, V, e 406). É certo ainda que se reconhece ao adolescente maior de quatorze anos a possibilidade de acesso ao trabalho, do que decorre também a liberdade de escolha de trabalho, ofício e profissão, sob orientação familiar, atendidas as condições do art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

Essas considerações mostram que os aspectos do direito à liberdade discriminados no artigo em comentário não abrangem todo o seu conteúdo. Ali se explicitaram apenas os aspectos que o legislador teve como de mais direta pertinência à criança e ao adolescente. Quer isso dizer que a enumeração não é exaustiva, mas simplesmente exemplificativa. Nem poderia ser exaustiva, pois nem as explicitações da Constituição sobre o assunto são, consoante o disposto no art. 5º, § 2º, segundo o qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. É claro, por tudo isso, que os comentários que se seguem às *formas de liberdade* arroladas nos incisos do artigo sob nosso exame também não o serão.

4.5.- Liberdade de ação – Não está explicitada no art. 16, em comentário, mas merece referência de início por ser a liberdade base. Seu fundamento se acha no art. 5º, II, da Constituição, quando diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que revela duas dimensões: uma explícita, que é o princípio da legalidade, e outra subentendida, que é a liberdade de ação, ou seja, liberdade de fazer, liberdade de atuar, liberdade de agir. Vale dizer que todos (incluindo evidentemente crianças e adolescentes) têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. A Constituição mesma impõe restrições à liberdade de ação da criança e do adolescente, quando, p. ex., proíbe o trabalho aos menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, e o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores

³ Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, RT, 1991, p.208.

de dezoito anos (arts. 7º, XXXIII, e 227, § 3º, I), mas o Estatuto é que é a lei disciplinadora da situação jurídica deles, onde, pois, se inscrevem as bases de seu atuar com as proibições e limitações decorrentes de sua idade e de sua submissão ao pátrio poder.

4.6.- Liberdade de ir, vir e estar – Ir, vir e estar são expressões da liberdade de locomoção, que a Constituição prevê no art. 5º, XV, em sentido mais amplo do que o disposto no art. 16, I, do Estatuto. De fato, o dispositivo constitucional declara 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. É a liberdade de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer porque nela se contém o direito de não ir, de não vir, de quietar-se. Significa que “podem todos locomover-se livremente nas ruas, nas praças, nos lugares públicos, sem temor de serem privados de sua liberdade de locomoção”.⁴ Inclui-se a liberdade de entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair, nos termos da lei.

Claro que a criança e o adolescente não gozam da liberdade de locomoção em termos assim tão amplos porque sua condição jurídica impõe limitações à sua liberdade de locomoção. Por isso é que o dispositivo sob comentário menciona “ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.

Logradouros públicos é denominação genérica de qualquer via, rua, avenida, alameda, praça, largo, travessa, beco, jardim, ladeira, parque, viaduto, ponte, galeria, rodovia, estrada ou caminhos de uso comum ou especial do povo. Espaços comunitários são, na linguagem das leis urbanísticas, os de usos institucionais: educação, cultura, culto, lazer, promoção social, ou seja, escola, igreja, clubes, etc. É preciso entender o sentido e a razão de ser dessa limitação estatutária. O enunciado do texto do art. 16, I, pode levar a pensar que a liberdade de ir, vir e estar da criança e do adolescente só é reconhecida nesses lugares, como se ela não vigorasse também em espaços que não fossem logradouros públicos ou comunitários. O Estatuto não menciona espaços privados porque nestes a liberdade de ir, vir e especialmente de estar depende do titular do bem. Era, porém, desnecessário acrescentar a circunstância de lugar, como o fez, deixando amplo o enunciado que encontraria sua compreensão no confronto com os direitos de outrem.

É necessário ter em conta ainda que a liberdade aí reconhecida não significa que a criança e o adolescente podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeita a autorização dos pais ou responsáveis, segundo seus critérios de conveniência e de educação. É liberdade que se volta especialmente contra constrangimentos de autoridades públicas e de terceiros, mas também contra os pais e responsáveis que, porventura, imponham à criança ou ao adolescente um constrangimento abusivo que possa ser caracterizado como uma situação cruel, opressiva ou de violência ou mesmo de cárcere privado, o que pode até dar margem ao exercício do direito de buscar refúgio e auxílio, previsto no inc. VII (infra). A criança não pode ser privada de sua liberdade em

⁴ Cf. Sampaio Dória, *Direito Constitucional*, v. 4º - Comentários à Constituição de 1946, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 651.

hipótese alguma e o adolescente só o pode na forma prevista no Estatuto (art. 106).

Restrições. A liberdade de ir, vir e estar é, ademais, reconhecida com *ressalva das restrições legais*, tais como a de que a criança e o adolescente só terão acesso às diversões públicas e espetáculos classificados como adequados à sua faixa etária, e a criança só poderá ingressar e permanecer nos locais de apresentação e exibição quando acompanhados dos pais ou responsáveis (art. 75); não podem entrar nem permanecer em locais que explorem jogos e apostas (art. 80); a criança não pode viajar para fora da comarca, onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem autorização judicial (art. 83); a criança e o adolescente não podem viajar para o exterior desacompanhados dos pais ou responsável, sem autorização especial (arts. 84 e 85). O adolescente pode ainda ser privado de sua liberdade quando em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária (art. 106). A leitura desses dispositivos restritivos da liberdade da criança e dos adolescentes darão a medida correta e condições das restrições.

A propósito ainda da entrada de criança e adolescente no território nacional, sua saída dele e permanência nele há que se considerar, além dos textos dos arts. 84 e 85 do Estatuto, o que prescreve o art. 10 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, referendada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.9.90, *in verbis*:

Art. 10 – 1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1º do art. 9º, toda solicitação apresentada por uma criança, ou seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do § 2º do art. 9º, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente Convenção”.

Proteção. A liberdade de ir, vir e estar é protegida pelo *habeas corpus*, concedido sempre que alguém (adulto, criança e adolescente de ambos os sexos) sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII).

4.7.- Liberdade de opinião e de expressão – A liberdade de opinião resume a liberdade de pensamento e de manifestação do pensamento, prevista no art. 5º, IV, da Constituição Federal, não explicitamente referido no art. 16, ora em exame. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual, artística e a crença de sua **escolha, quer seja um**

pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública. Liberdade de pensar e liberdade de dizer o que se creia verdadeiro. A liberdade de expressão é o aspecto externo da liberdade de opinião.

A criança e o adolescente devem sempre ser ouvidos, quando queiram ou devam emitir sua opinião, mormente nos assuntos que lhes dizem respeito (arts. 28, § 1º, 45, § 2º, 111, V, 124, I-III e VIII, 161, § 2º, e 168).

A *liberdade de expressão* está consagrada no art. 5º, IX, da Constituição, onde se declara que *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*. A criança e o jovem deveriam ser sempre estimulados ao exercício dessas atividades sem limites. A liberdade de expressão constitui um fator de formação da personalidade da mais alta relevância.

Segundo o art. 13 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o direito à liberdade de expressão compreende também a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, de forma oral ou escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio da escolha da criança, mas esse mesmo dispositivo convencional prevê que o exercício desse direito poderá sujeitar-se a certas restrições, que serão somente as previstas em lei e consideradas necessárias ao respeito dos direitos e da reputação de outrem e à proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde e moral públicas.

A convicção filosófica e política também constituem formas de liberdade de opinião e de expressão. Pode-se argumentar que a criança pode até ter convicção religiosa, por sua formação em determinada crença, mas não terá, por certo ainda, convicção filosófica e política. Não importa, mas tem a liberdade de tê-la, e a propósito dela não cabe sanção alguma por se eximir de obrigação legal a todos imposta. Dir-se-á que também isso não ocorrerá. Certa vez, no entanto, alguns alunos de uma escola de primeiro grau, por formação religiosa, recusaram-se a prestar preito à bandeira nacional. A professora indagou se elas não estariam sujeitas à perda dos direitos políticos nos termos do art. 149, § 1º, “b”, da Constituição de 1969, por decreto do Presidente da República. A resposta foi negativa, primeiro porque não gozavam ainda dos direitos políticos no sentido daquele dispositivo; segundo porque, na sua idade, não poderiam sofrer penalidade alguma por seu gesto, se é que o gesto estava ofendendo alguma lei. Mas o adolescente já pode estar sujeito à sanção prevista no art. 15, IV, da Constituição de 1988, perda de direitos políticos (se já os tiver, nos termos do art. 14, II, “c”), no caso de escusa de consciência.

4.8.- Liberdade de crença e culto religioso – São ambas formas de expressão da liberdade religiosa cuja exteriorização é um modo de manifestação do pensamento.

A liberdade de crença compreende o direito de escolha livre da religião, o de aderir a qualquer seita religiosa, o de mudar de religião, mas também o direito de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, de qualquer culto. Pois aqui também a liberdade de al-

guém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.⁵

A *crença* tem dimensão íntima, interna. Pode ficar no simples sentimento do sagrado puro, na simples contemplação do ente sagrado, na simples adoração de Deus, sem exteriorizações. Mas não é isso que ocorre com frequência. Ao contrário, o religioso sente a necessidade de exprimir sua crença, de fazer pregações, que é o lado externo da liberdade de crer – o *culto*. A liberdade de crença, como a de consciência, é inviolável (CF, art. 5º, VI).

A *liberdade de culto* consiste na exteriorização da crença religiosa na prática dos ritos com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pelas normas da religião escolhida. “Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos próprios das manifestações exteriores *em casa* ou *em público*”.⁶

A Constituição assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. Não precisamos entrar em pormenores sobre esta última parte porque diz respeito à liberdade de organização religiosa que não concerne à criança nem ao adolescente.

Uma observação que comporta fazer é a de que a liberdade de crença e de culto da criança e do adolescente é estreitamente conexas com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças e cultos às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente, quer para uma crença quer para o agnosticismo. É um direito que lhes cabe, como uma faculdade do pátrio poder, mas especialmente em razão do dever que se lhes impõe de educar os filhos menores. No dever que incumbe à sociedade e ao Estado de assegurar, com a família, à criança e ao adolescente o direito à educação, nos termos do art. 227 da Constituição, não entra a educação religiosa, a menos que o próprio interessado o requeira, como pode fazê-lo exigindo aulas de sua religião nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º), assim como também têm o direito à assistência religiosa na entidade civil de internação coletiva, onde porventura esteja internado (arts. 94, XII, e 124, XIV; CF, art. 5º, VII). É evidente também que o direito dos pais ou de outros familiares na matéria não inclui o constrangimento ao filho que optou por outra crença que não a deles.

4.9.- Liberdade de brincar, praticar esportes e se divertir – Aqui estamos no reino da criança. Crianças vivem uma existência de fantasias e levam essa fantasia para a ação. São quadrilheiros, pássaros voadores, justiceiros...⁷ “Infância é época de brinquedos. E qualquer sistema de comunidade que ignore essa verdade, está educando erradamente”.⁸ Os adultos esquecem essa evidência e tolhem a liberdade das crianças e adolescentes ao

⁵ Cf. José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 221.

⁶ Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969, t. V/119, 2ª ed., São Paulo, RT, 1970*

brinquedo. Marcam-lhes horário para tudo, mas nem sempre reservam período para a diversão. O “temor pelo futuro da criança leva os adultos a privarem os filhos do direito de brincar”⁹, sem atinar que a atividade lúdica da criança e do adolescente é imprescindível à sadia formação da personalidade do homem de amanhã.

A criança a que não se dá a oportunidade de brincar, de praticar esportes, de se divertir se torna triste e pode transformar-se num adulto amargo e tendente a extravasar de modo inadequado seu interesse lúdico sufocado, pois, como ainda lembra Neill, é muito difícil avaliar o prejuízo causado a uma criança que não teve permissão para brincar tanto quanto quis”.¹⁰

Diversões, como teatro, dança, música, esportes, segundo as opções de cada um, estimulam o espírito criador e as fantasias criativas da criança e do adolescente, e dão vazão à sua inquietude dinâmica, com o que empregam sua atenção em algo sadio, antes que em situações prejudiciais ao seu desenvolvimento. Não basta, claro está, reconhecer a liberdade de brincar, de praticar esportes e se divertir. É necessário oferecer meios que propiciem à toda criança e aos adolescentes, em geral, o pleno exercício dessa liberdade a fim de que se torne efetivo o direito à cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos previstos no art. 71.

4.10.- Liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações – Essa liberdade se harmoniza com o direito de a criança e o adolescente de serem criados e educados no seio da família natural e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (art. 19). Participar da vida familiar e comunitária é, assim, mais do que uma possibilidade que se reconhece à determinação livre da criança e do adolescente porque é um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu auferimento, sem distinção de qualquer natureza, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminações (CF, arts. 3º, IV, 5º, caput, e 227).

4.11.- Liberdade de participar da vida política, na forma da lei – Em sentido típico, essa liberdade se realiza pelo exercício de atividades políticas, pela prática dos atos do processo político, como filiação eleitoral e partidária, direito de votar e ser votado. São atos e atividades que estão condicionados a requisitos de capacidade de que a criança não dispõe. O adolescente mesmo só adquire condições de capacidade para o exercício dessa liberdade aos dezesseis anos de idade, quando se lhe reconhece a faculdade de alistamen-

⁷ Cf. A. S. Neill, *Liberdade sem Medo*, 29ª ed., São Paulo, Ibrasa, 1991, p. 57.

⁸ *Idem ibidem*, p. 60.

⁹ *Idem ibidem*, p. 59.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 60.

to eleitoral e de voto, e também de filiação partidária (CF, art. 14, § 1º, II, “c”; Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei 5.682/71, art. 64, § 3º).

Contudo, a criança e o adolescente têm o direito de exercer outras atividades participativas que, num sentido mais amplos, podem configurar-se como políticas. Assim é o direito de organização e participação em entidades estudantis.

4.12.- Liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação – Esta liberdade se caracteriza no direito que se reconhece à criança e ao adolescente de escapar a situações agressivas, opressivas, abusivas ou cruéis, buscando amparo fora do próprio meio familiar onde tais situações intoleráveis e danosas se manifestem, consoante estatuem os arts. 87, III, 130 e 142. Ao Poder Público incumbe criar as condições necessárias para que a criança e o adolescente convivam em um meio familiar democrático e livre de violências e opressões. Assim prevê o art. 226, § 8º, da Constituição Federal: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

4.13.- Considerações finais – A questão da liberdade da criança e do adolescente envolve uma problemática muito complexa, dada à sua posição jurídica no seio da família e da escola e à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Lembra Neill que a “liberdade é necessária para a criança porque apenas sob liberdade, ela pode crescer de sua maneira natural – a boa maneira”.¹¹ Lembra também que liberdade não é licença, e que esta começa nos limites em que a conduta interfere com a liberdade dos demais.¹² Mas aí surge um campo de grande dificuldade porque as manifestações infantis e juvenis são, por natureza, ruidosas, suas atividades são barulhentas, alegres, dinâmicas, e não raro incômodas aos espíritos mais sisudos e envelhecidos, sem que isso implique licença, como possivelmente configurasse se tais manifestações viessem de adultos. Nem sempre se pode medir a liberdade da criança e do adolescente pelos mesmos gabaritos com que se mede a dos adultos. A tolerância se amplia em favor dos primeiros.

5 - Conclusão: reconhecimento de direitos e realidade

5.1.- Tudo isso mostra que os direitos humanos da criança e do adolescente estão formalmente muito bem assegurados. Tem ela nessas normas uma Carta de Direitos Fundamentais incomparável onde se lhes garante tudo, mas a realidade não é tão pródiga para com eles como é a retórica jurídica, pois se olharmos em torno de nós veremos, sem qualquer dificuldade, um quadro negro e triste, onde por volta de vinte e quatro milhões de crianças vivem na miséria, 23 milhões na pobreza, 33% das famílias ganham menos do que um salário mínimo, e este fica no nível irrisório de cerca de 120 dólares mensais.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 104.

Garante-se-lhes a vida e a saúde, mas a mortalidade infantil aumenta na razão direta do desemprego em massa e da queda dos salários, e a cada minuto morre uma criança de inanição. Os textos normativos colocam a criança e o adolescente a salvo da violência, da crueldade e da opressão, mas, para sentir o contraste, nem é necessário referir-se à violência de grupos de extermínio, basta essa *violência silenciosa* da miséria que destrói milhões.

¹² Cf. Liberdade, Escola, Amor e Juventude, 3ª ed., São Paulo, Ibrasa, 1978, pp. 160 e 165.