

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

NEIARA DE MORAIS BEZERRA

**O DIREITO À LIBERDADE E O DIREITO À PROTEÇÃO NO
RECOLHIMENTO COMPULSÓRIO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA
(EM DEFESA DE QUEM?)**

FORTALEZA –CEARÁ

2005

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ

NEIARA DE MORAIS BEZERRA

**O DIREITO À LIBERDADE E O DIREITO À PROTEÇÃO NO
RECOLHIMENTO COMPULSÓRIO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA
(EM DEFESA DE QUEM?)**

**Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Direito Constitucional e
Direito Processual Constitucional do Centro de
Estudos Sociais Aplicados da Universidade
Estadual do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção de grau de especialista em Direito
Constitucional e Direito Processual
Constitucional.**

Orientador: Paulo Antonio Albuquerque

**FORTALEZA – CEARÁ
2005**

AGRADECIMENTOS

À Renato Roseno, companheiro sempre.

À Carolina Dumaresq, por oferecer a calma do apoio e um mar revolto de idéias.

Ao CEDECA-Ceará, por sua incansável luta na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

“A Verdade dividida

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez

Assim não era possível atingir toda a verdade,
Porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil da meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades
Diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
Conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Carlos Drummond de Andrade

(Contos plausíveis. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p.47)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
1.1 Direitos fundamentais: entre princípios e normas.	9
CAPÍTULO 2 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	15
2.2 Políticas administrativo-legais para o atendimento da criança e do adolescente	18
2.3 A Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente	20
CAPÍTULO 3 – O DIREITO À LIBERDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES....	24
3.1. Restrições ao direito de locomoção	25
CAPÍTULO 4 – QUADRO GERAL DOS DIREITOS DE MENINOS E MENINAS EM SITUAÇÃO DE RUA	29
4.1 Conceituação	31
4.2 Controvérsia sobre a ação estatal junto à meninos e meninas em situação de rua.	31
CAPÍTULO 5 – O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL X O DIREITO À LIBERDADE.	38
CONCLUSÕES:	44
REFERÊNCIAS:.....	46

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em consonância com a Doutrina da Proteção Integral da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e lhes garantiu, além de direitos especiais relativos à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os demais direitos fundamentais ali resguardados. Entre eles, o direito à liberdade.

O direito à proteção também é previsto pela Constituição Federal que aponta para a família, a sociedade e o Poder Público o dever de assegurar, com absoluta prioridade, essa proteção, mantendo-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ocorre que, em algumas situações, parece haver um conflito entre o direito à liberdade e o direito à proteção. Uma das ações que mais evidencia esse conflito é a ação estatal junto a crianças e adolescentes em situação de rua, designação esta que abrange crianças e adolescentes com vínculos familiares rompidos que passam a viver nas ruas dos centros urbanos brasileiros, bem como aqueles provenientes de famílias empobrecidas que passam parte do seu dia perambulando nas ruas em busca de formas de contribuir com seus poucos recursos familiares.

Algumas ações estatais, empreendidas por órgãos do aparato policial, judicial ou mesmo por órgãos executores da política de atendimento, que objetivam “proteger” meninos e meninas em situação de rua têm agido promovendo o seu recolhimento compulsório dos logradouros públicos.

Essas ações resultam na privação de liberdade de crianças e adolescentes sem que tenham cometido ato infracional e sem que haja ordem judicial específica e fundamentada determinando sua apreensão. Por outro lado, estando nas ruas, por vezes, são privados de outros direitos fundamentais como saúde, educação, convivência familiar.

A pergunta que move a pesquisa que ora apresentamos, é: Que circunstâncias tornam a ação do adulto, que “fere” a vontade da criança e do adolescente e a sua liberdade, uma possibilidade juridicamente aceitável?

No primeiro capítulo abordaremos o tema dos direitos fundamentais, passando pela discussão em torno das gerações ou dimensões desses direitos, bem como destacando sua característica de apresentar-se como princípios.

Em seguida, no segundo capítulo, trataremos dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, através de um resgate histórico da legislação brasileira sobre a infância até o advento da Doutrina da Proteção Integral.

Na seqüência será trabalhado o direito à liberdade de crianças e adolescentes, através de uma análise da legislação em vigor e das restrições por ela impostas.

No quarto capítulo conceituamos a chamada “situação de rua”, apresentando já exemplos de ações controversas junto à esse segmento social.

O quinto capítulo tratará propriamente da tensão entre o direito à liberdade e à proteção na abordagem de crianças e adolescentes em situação de rua e as suas possibilidades de resolução.

Trabalhar tema tão relevante, polêmico e atual em uma monografia de especialização foi uma “ousadia responsável”. O que apresentamos é uma contribuição à discussão que está apenas começando na doutrina e nos tribunais pátrios. Essa discussão, que também deve considerar as vozes que vêm das ruas, não pode esperar por mais tempo, sob pena de comprometermos a conquista civilizacional da efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.

CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

São muitas as possibilidades de abordagem do tema “direitos fundamentais”. Em razão da problemática que se pretende debater com o presente trabalho, faremos a opção de passar, ainda que brevemente, pela discussão em torno das gerações ou dimensões desses direitos, bem como destacar sua característica de apresentarem-se como princípios.

O surgimento da chamada “primeira geração de direitos humanos” – direitos civis e políticos - está relacionado ao período histórico onde o mais relevante para a conquista da liberdade era buscar delimitar a ação do Estado, isto é, enfraquecer o seu poder frente ao indivíduo, dentro do contexto das lutas liberais contra o absolutismo. Dentro desta concepção, bastaria a abstenção do Estado para que uma “mão invisível” promovesse a conformação social e o bem-estar de todos.

A conquista formal da liberdade perante o Estado, no entanto, só garantiu aos mais pobres a liberdade de padecer na sua pobreza. A exploração da mão de obra de homens, mulheres e crianças durante a chamada “revolução industrial” foi o ápice de um momento histórico onde restou evidente que ao Estado não basta abster-se. As precárias condições de vida nos novos centros urbanos propiciaram também a formação de novos movimentos sociais, profundamente marcados pelas lutas socialistas do século XIX, que ressaltavam o papel do Estado em garantir a igualdade real entre os homens. Dentro desse contexto, ganham relevância os direitos humanos de “segunda geração”, os direitos econômicos, sociais e culturais, de natureza coletiva. Aqui estariam contidos o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia etc. E, ao invés de não fazer ou omitir-se, o Estado deveria intervir diretamente para garantir a efetivação dos direitos humanos.

A sociedade da globalização, em seus mais diferentes aspectos, trouxe também novas necessidades e outras dimensões aos direitos humanos, como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao desenvolvimento, à cooperação internacional, à proteção do patrimônio histórico da humanidade, que poderiam ser chamados de direitos de terceira geração¹.

¹ Há ainda a avançada posição do Prof. Paulo Bonavides sobre os direitos de quarta geração, apontando como tal os direitos à participação, à informação e ao pluralismo.

Sobre a discussão doutrinária acerca das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, ressalta Ingo Sarlet:

“Constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio, ao sustentar, justamente com base nas transformações ocorridas na seara dos direitos fundamentais e reveladas plasticamente pela teoria das “gerações” de direitos, a ausência de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais...Importante é, neste particular, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável” (SARLET, 2004a, p.61).

A evolução dos direitos humanos não deve jamais ser tomada como uma escala de relevância entre os direitos ou como a exclusão dos direitos das gerações anteriores, ao contrário, as novas gerações apenas incorporam novos aspectos ou dimensões aos direitos, sem jamais hierarquizá-los, mas agregando novos sentidos ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ressaltamos sim, é a relação de integralidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos humanos.

Em seu Curso de Direito Constitucional, ensina Paulo Bonavides: “A Nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-lo mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.” (BONAVIDES, 1994, p.524)

1.1 Direitos fundamentais: entre princípios e normas.

Importante verificar que a discussão acerca da normatividade dos princípios, assim como as contendas doutrinárias que colocavam como antagônicos princípios e normas, vem perdendo o tom da polêmica, numa tendência clara à pacificação. A distinção que a doutrina contemporânea realiza trata princípios como espécie do gênero norma jurídica, fazendo a sua distinção com outra espécie, as regras. “La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la

racionalidad em el ámbito de los derechos fundamentales” (Robert Alexy, 1993, p. 81-82 apud CRISTÓVAM, 2003, p.7).

Para Guerra Filho:

“As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização” (Optimierungsgebote), na expressão de Alexy, que se cumprem na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente” (GUERRA FILHO, 1999, p.44/45)

Os princípios, conduzidos que foram ao centro do sistema, teriam a função de ser “fundamento da ordem jurídica”, de ser base e pressuposto teórico, conferindo racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento. Segundo Barroso “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável à valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.” (BARROSO, 2003, p.292).

Os princípios teriam, pois, em relação às regras, uma maior relatividade, não sendo acatados de forma absoluta em qualquer caso, sem, no entanto, perder sua validade. José Cristóvam (2003, p. 7-8) comenta que, para Robert Alexy a verdadeira distinção entre regras e princípios pode ser feita a partir do critério gradualista-qualitativo, onde os princípios são entendidos como “mandamentos de otimização”, cuja mais relevante característica consiste em poderem ser cumpridos em distintos graus e onde a execução não depende apenas de possibilidades fáticas, mas também jurídicas, acrescentando que as regras são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e tratando-se de uma regra válida, se há de fazer sempre o que ela determina, pois as estipulações nela contidas estão dentro do espaço fático e jurídico do possível, o que, para o autor confere uma distinção qualitativa entre regras e princípios.

Outro traço distintivo entre princípios e regras é também o que trata da colisão entre princípios e do conflito entre regras. Tanto no caso da colisão como de conflito duas normas conduzem a resultados incompatíveis ou a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico.

A distinção decisiva reside no modo de solução. Enquanto no conflito de regras a solução se dará com a perda de validade de uma delas, ou melhor, uma cláusula de exceção que remova o conflito há de ser introduzida em uma das regras conflitantes ou uma delas declarada nula. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho "...o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em determinado caso concreto, deixando-se de cumprir-la para cumprir a outra, que se entende correta..." (1999, p. 45).

Já na colisão de princípios assim não se dá. O que ocorre é que se privilegia o acatamento de um sem que o outro seja declarado nulo ou que nele se introduza uma cláusula de exceção. É o que ensina Inocêncio Mártires Coelho:

"No âmbito da aplicação dos princípios, não se faz necessária a formulação de regras de colisão porque essas espécies normativas, por sua natureza, finalidade e formulação, como que não se prestam a provocar conflitos – no máximo criam estados de tensão -, nem estão subordinados à lógica do tudo ou nada. É que, diferente das regras – que determinam conseqüências precisas e reciprocamente excludentes -, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, mas apenas enunciam motivos para decidir num certo sentido. Sem impor ao seu intérprete-aplicador uma única decisão concreta, eles admitem convivência e conciliação com outros princípios eventualmente concorrentes, num complexo sistema de freios e contrapesos muito semelhante ao que, nos regimes democráticos, regula a distribuição de funções entre os Poderes de Estado". (1997, p. 81-82).

Cuida-se de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. E é na busca pela proteção aos direitos fundamentais que o princípio se vincula ao direito constitucional e alcança seu prestígio e difusão. O princípio da proporcionalidade é entendido hoje como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível.

Assim, numa situação de colisão entre princípios é necessário ter um procedimento que permita levar em conta os diferentes pontos de vista, colocá-los

em “diálogo”, ponderá-los. A decisão sobre aquele que deverá prevalecer deve ser tomada com a verificação do caso concreto, por isso, diferente do que acontece com as regras, normas gerais não podem ser usadas para a tomada de decisão sobre uma colisão de princípios.

1.2 A função normativa do princípio da proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade Willis Santiago Guerra Filho, acrescenta:

“É ele que permite fazer o sopesamento (*Abwagung*, *balancing*) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito. O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do Direito – e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos “razão” (latim: *ratio*) e “proporção” (latim: *proportio*) -, o que explica a circunstância da idéia a ele subjacente figurar entre os cânones metodológicos da chamada “interpretação constitucional” – aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório: o da “concordância prática”, conforme vimos acima” (1999, p.66).

Ao buscar as raízes históricas do princípio da proporcionalidade é possível chegar aos antigos gregos com sua idéia de equilíbrio harmônico expressa pelas noções de “padrões justos”, “belo e bom”, na idéia da “justiça distributiva”. No antigo direito romano é possível identificar manifestações do princípio da proporcionalidade nas regras empregadas para calcular parcelas de débito, obrigação de fazer, delito privado ou indenizações acarretadas por um infrator e mesmo para tratar do desforço pessoal para se proteger de uma ofensa à integridade física ou ao patrimônio. Já no século XX o princípio foi tratado como atinente a regulamentação da atividade policial, onde se buscava evitar excessos para, mais tarde, tornar-se muito mais abrangente, estendendo-se às demais funções estatais.

Foi na Alemanha que o princípio ganhou seu contorno atual, lançando-se do direito administrativo para o direito constitucional, através das decisões que reconheciam que o legislador não deve exceder na sua liberdade de conformação aos direitos fundamentais. Atualmente o Tribunal Constitucional Federal daquele país tem como preocupação central a preservação da essência dos direitos

fundamentais e vê no princípio da proporcionalidade um instrumento para garantia desses mesmos direitos, de forma que, nas palavras de Luiz Afonso Heck “o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção precisa ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível” (HECH, Luis Afonso. O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antonio de Fabris Editor, 1995, p.177, apud, BUECHELE, 1999, p.143).

A doutrina tem apontado a existência de três subprincípios ou elementos do princípio da proporcionalidade: a adequação dos meios utilizados com o fim que se busca alcançar, a necessidade da utilização desses meios e de nenhum outro menos gravoso e a proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade que deverá ser aferida por meio de uma ponderação. Vejamos rapidamente cada um deles:

A adequação, também referida por alguns autores como pertinência ou aptidão é assim apresentada por Bonavides:

“Desses elementos o primeiro é o da pertinência ou aptidão (Geeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “ a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.” (BONAVIDES, 1994, p.360)

O subprincípio da necessidade tem como base a idéia de que uma medida para ser admissível deve ser necessária. Busca escolher dentre as medidas para a obtenção de um mesmo fim, qual aquela menos nociva aos interesses do cidadão.

O último elemento ou subprincípio apontado pela doutrina é o da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, tendo em vista os fins perseguidos pela norma constitucional, se busca ponderar as vantagens e desvantagens. Verifica-se o

“custo-benefício” da medida considerando-se os danos causados e os resultados a serem obtidos, a medida excessiva deve ser evitada.

Para Bonavides “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhes são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito” (1994, p.395)

A doutrina pátria tem mostrado grande interesse pelo estudo do princípio da proporcionalidade, o mesmo movimento podendo ser visualizado nas Universidades e no Poder Judiciário. Cresce de forma acelerada, e já não era sem tempo, o interesse, o prestígio e a difusão do princípio da proporcionalidade. Relevante encerrar com as palavras de Bonavides sobre o princípio em tela:

“Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um direito constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível da incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas” (1994, p.395)

CAPÍTULO 2 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A representação social da criança como “alguém que ainda não é”, “semente do futuro”, “pessoa inacabada” ou “projeto de cidadão” fundamentou a ação familiar, social e estatal nas suas relações com a infância. O menor como objeto de proteção e/ou repressão nas mãos daqueles “que já eram”, os adultos. Sem o reconhecimento social de sua condição de pessoa ou sujeito de direitos, a história da infância brasileira tem sido a cruel história de sua exploração e exclusão.

A idéia de infância não está relacionada apenas ao fator biológico, mas a um modo de criação social e histórica, uma categoria retirada do mundo dos adultos. José Geraldo de Sousa Júnior, em seu artigo “A construção social e teórica da criança no imaginário jurídico”, cita o renomado consultor do UNICEF, Emilio García Méndez para nos ensinar:

“...até já bem entrado o século XVI, a infância, tal qual entendida hoje, não existia: refutando las tesis de la psicología positivista que vinculan la categoría de la niñez a determinadas características de la evolución biológica, el enfoque histórico la presenta como el resultado de una compleja construcción social que responde, tanto a condicionamientos de carácter estructural cuanto a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, p.108)

Nesse processo de construção da categoria atuaram muitos fatores, destacadamente, os fatores culturais e econômicos, esse último gerando, inclusive, a exploração dos pequenos trabalhadores

2.1 Antecedentes no direito brasileiro

O exemplo brasileiro emblemático para análise é o da cidade de São Paulo. No final do século XIX, a cidade vivia um explosivo crescimento populacional, ocasionado pelo deslocamento, interno e externo, de grande massa de trabalhadores em busca de empregos, com eles, naturalmente, muitas crianças e adolescentes. Porém, a busca por melhores condições de vida em terras paulistanas foi exitosa para poucos e muitas famílias valiam-se da mão de obra infantil para

complementar seus poucos orçamentos. Conforme o recenseamento do Brasil, realizado pelo Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, em 1890, aproximadamente 15% do total da mão-de-obra utilizada em indústrias de São Paulo eram de crianças e adolescentes².

Mesmo com o crescimento da indústria e do comércio em São Paulo, o trabalho informal sustentava famílias e envolvia grande número de crianças que desenvolviam suas atividades, principalmente, nas ruas. A venda de jornais, a limpeza de sapatos, os recados e as pequenas entregas são exemplos de atividades, ainda hoje, identificadas com pequenos trabalhadores. E havia ainda aqueles envolvidos com a mendicância e atos ilícitos de pequeno porte.

A vadiagem, tipificada então como crime, era a mais comum das infrações. Relatório do chefe de polícia do Estado de São Paulo ao Secretário do Interior e da Justiça em 1904 indicava que dos 1.470 presos pelo crime de vadiagem, 293 eram menores.

Embora a legislação vigente no início do século XX possibilitasse a aplicação de penas a menores, não havia para eles instituições públicas especificamente voltadas para sentenças de privação de liberdade. Os atendimentos às crianças e adolescentes ainda eram realizados por instituições filantrópicas de cunho religioso.

O que marcava a assistência ao menor abandonado no Brasil ainda eram as “Rodas dos Expostos”, que por aqui funcionaram do século XVIII até as primeiras décadas do século XX. Essas rodas eram caixas circulares de madeira afixadas num sistema giratório nos muros ou paredes de instituições recolhedoras (principalmente as Santas Casas), onde a criança abandonada poderia ser deixada e girada para a parte interna sem que a identidade do “depositante” fosse identificada.

Isaurora Freitas relata que nesta época:

“A nascente medicina social brasileira teve um papel fundamental no reordenamento espacial e social dos centros urbanos, através de um movimento caracterizado por “filantropismo-higiênico”. Imbuídos de um forte impulso civilizatório, os adeptos desse movimento apregoavam a necessidade de *racionalizar as cidades e disciplinar seus habitantes*, produzindo trabalhadores sadios para as novas relações de trabalho que colocariam o País no *ranking* das nações civilizadas. As medidas utilizadas foram implementadas durante décadas e incluíram reformas urbanas que visavam a embelezar, purificar e racionalizar as cidades, bem como campanhas para

² Ver “História das Crianças no Brasil, Mary Del Priore. São Paulo: Contexto Editora, 2001

erradicar a mendicância, afastando das ruas “mendigos, loucos, vadios, menores abandonados e delinqüentes” (FREITAS, Isaurora. *A Infância e a Adolescência Pobres no Brasil: cinco séculos de abandono*, in SORES, Maria Norma Maia (Org.). *O Descobrimto e Outras Descobertas*. Sobral: Edições UVA, 2000).

Foi dentro desse “espírito higienista” que nasceu o Código de Menores “Mello Mattos” (Decreto 17.943-A/1927), que em seu artigo inaugural, anunciava desta forma sua finalidade: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos que 18 anos de idade será submetido pelas autoridades competentes às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”. Uma extensa lista tipificava, ao longo de quatro artigos, que situações levariam o menor a ser tido como abandonado, dentre elas figuravam: vadios, mendigos, libertinos, “privados habitualmente de alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde” e “excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem”.

Ainda sobre as determinações do primeiro Código de Menores, nos ensina Wilson Donizeti Liberati:

“Além da internação para tratamento, se o menor abandonado, com idade inferior a 18 anos, fosse achado vadiando, mendigando, ou entregue à libertinagem, em situação habitual, seria apreendido e apresentado à autoridade judiciária, que poderia – além de repreendê-lo e entregá-lo à pessoa sob guarda-, interná-lo em casa de preservação, até que completasse a maioridade.

.....
 Todavia, se o menor de 14 anos fosse abandonado, pervertido ou estivesse em perigo de o ser, a autoridade poderia interná-lo em uma escola de reforma, por todo tempo necessário à sua educação, que poderia ser de três anos no mínimo, e de sete, no máximo”(LIBERATI, 2003, p. 53 e 54).

Como se vê, cabia à autoridade judiciária não só enquadrar o menor em uma das categorias que identificavam os abandonados, como também depreender dos mesmos seu caráter propenso à perversão e à marginalidade. O Poder Judiciário exercia, pois, papel *sui generis*, através dos Juízes de Menores, estabelecendo padrões de comportamentos, em regramentos gerais ou em casos específicos.

Liberati relata que “A legislação de 1927, influenciada pelo Código Criminal do Império, privilegiava a internação e/ou institucionalização de crianças e adolescentes com menos de 14 anos de idade, mesmo que não tivessem praticado

qualquer ato infracional. A segregação física e de liberdade era habitual, corriqueira e desprovida das garantias constitucionais, hoje asseguradas do devido processo legal e da ampla defesa” (2003, p.59). Fica claro o caráter higienista, absolutamente integrado a seu tempo, do primeiro Código de Menores do nosso país.

2.2 Políticas para o atendimento da criança e do adolescente

Seguindo a linha lógica da legislação, os órgãos do Poder Executivo incumbidos da execução das medidas aplicadas aos “menores” eram estruturados de forma a realizar a internação, seja dos delinquentes, seja dos abandonados, cumprindo a missão de afastar da sociedade os indesejáveis menores de “conduta desviante”. O Serviço de Assistência aos Menores – SAM, instituído em 1941, chegou à década de 60 já com o reconhecimento social de sua incapacidade de cumprir a própria missão.

Para se ter uma idéia da situação de completo desrespeito aos direitos humanos a que eram submetidos crianças e adolescentes internados nas diversas unidades do SAM em nosso país, transcrevemos trechos do Acórdão, da lavra do Ministro Nelson Hungria, em julgamento do *Habeas Corpus* n. 38.193, julgado em junho de 1961, pelo Supremo Tribunal Federal pedido pelo menor C.M., que havia fugido de um estabelecimento mantido pelo SAM:

“Trata-se de ameaça de internação num estabelecimento de assistência a menores que se transformou, na prática, numa fábrica de criminosos, onde não há ensino secundário senão para a perversão moral. É isto que se quer evitar a esse menor: o constrangimento de internação num reformatório falido, que, ao invés de reabilitá-lo, apenas o aviltará irremediavelmente... Todos os grandes criminosos da antiga Capital da República fizeram o noviciado no SAM, têm a marca do SAM... Ele fez muito bem. Fugiu de uma sucursal do inferno. Todos os internos do SAM deveriam fazer o mesmo, pois, fora dele, sua recuperação seria muito mais provável... Na prática, o SAM é a antítese da finalidade para que foi criado... Sabe-se o que é o SAM: uma escola para o crime, uma fábrica de monstros morais. Superlotado e sob regime da mais hedionda promiscuidade, a sua finalidade prática tem sido a de instruir para o vício, para a reação para o crime, para todas as infâmias e misérias... Para os menores que uma vez delinqüiram só há uma salvação ou possibilidade de recuperação: não serem recolhidos ao SAM ou dele escaparem pela fuga.” (citado por Wilson Donizete Liberati , 2003, p. 61 e 62)

Ainda sob a vigência do Código de Menores Mello Mattos e para substituir o SAM, foi criada, no ano do golpe militar, através da Lei 4.513/64 a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM. Seu papel seria o de coordenar e apoiar, técnica e financeiramente, seus “braços” estaduais, as Fundações Estaduais para o Bem-Estar do Menor – FEBEMs. As diretrizes que deveriam indicar as ações de sua política de atendimento apontam para a priorização de programas que visassem o fortalecimento de laços familiares e comunitários, através da assistência à família.

Na realidade, seja por ter herdado do SAM todo o corpo técnico e locais de atendimento, ou ainda em razão da forte centralização do sistema no órgão federal, tomado, então, pela ideologia militaresca do “ordem e progresso”, o certo é que a ação junto à população infanto-juvenil pouco se alterou. A institucionalização continuava a ser compreendida e determinada pelos juizes como melhor forma de ressocialização e tratamento para os abandonados (LIBERATI, 2003).

Por ocasião do Ano Internacional da Criança, em 1979, entrou em vigência o Novo Código de Menores, através da Lei 6697/79. Absolutamente permeado pela Doutrina da Situação Irregular que fundamentou a chamada “legislação menorista” em quase toda a América Latina, o Código de 1979 definia em seu segundo artigo as situações nas quais deveria incidir:

“Art. 2º - Para os efeitos desse Código, consideram-se em situação irregular, o menor:

- I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de
 - a) falta, ação ou omissão dos pais,
 - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável de provê-las.
- II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados, impostos pelos pais ou responsável;
- III – em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes.
- IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária,
- VI – autor de infração penal”

A Doutrina da Situação Irregular fundamentou as legislações de toda a América Latina sobre a infância e a adolescência durante os anos 20 até o final da década de 80. Não interessavam as crianças e adolescentes que, em razão de sua

condição social, tivessem assegurados os seus direitos relativos à sobrevivência e ao desenvolvimento, mas apenas aquelas consideradas em situação irregular em razão de sua situação de abandono, delinqüência, pobreza ou “inadaptação”. Tratava-se, pois, da infância pobre, dos filhos das maiorias sociais. E para eles a opção sempre foi a da internação, da apartação, da institucionalização. Perante qualquer uma das situações classificadas como irregulares, o Estado tomava para si a obrigação de educar, criar e ressocializar o “menor”. A política, a da caridade ou da repressão, com a criança pobre sendo percebida como criminoso potencial.

2.3 A Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente

No final dos anos 70, sob o contexto das lutas pela democratização do Brasil, começavam a surgir organizações da sociedade civil, dentre as quais destacamos a Pastoral do Menor (1978) e o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (1979), que aliaram seu trabalho junto à população infanto-juvenil em situação de rua às concepções de uma “educação progressista”, que partia da compreensão das crianças como sujeitos históricos e para os quais valia perguntar: Quem eram? Porque estavam nas ruas? O que sabem? Do que são capazes? (SOARES, 2000)

Neste período discutia-se em nível internacional a elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e em nosso país, já como resultado de uma ampla mobilização da sociedade civil. Durante a elaboração da nova Constituição Federal foi criada a “Comissão Nacional Criança e Constituinte”, uma comissão interministerial com o objetivo de sensibilizar a sociedade e os constituintes sobre a problemática da infância não permitindo que, mais uma vez, a criança ficasse à margem de nossa Carta Magna. Esse movimento foi vitorioso e fez inserir, em sede constitucional, os seguintes artigos:

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

Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial

A partir de então foi formado um grupo de redação³ para a elaboração da lei que veio a ser o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal 8069, de 13 de julho de 1990). A nova lei veio absolutamente permeada pela chamada “Doutrina da Proteção Integral” que fundamentou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pelas Nações Unidas em 1989. Sobre a Convenção Internacional, BRUÑOL afirma que:

“Uno de los logros del movimiento de protección de los derechos humanos en este siglo es el reconocimiento que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños.

En consecuencia, el niño es titular de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y goza además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional. (p.31)

[...]De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una superprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas...

Así, la Convención es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho. (p.35)

Dentre as inovações trazidas pela nova Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente, destacamos:

1. A Doutrina da Proteção Integral dirige-se a todas as pessoas com até 18 anos incompletos, independente de sua situação familiar, econômica, social ou cultural, enquanto a Doutrina da Situação Irregular apenas àqueles abandonados, carentes, delinquentes ou inadaptados;
2. A Doutrina da Proteção Integral reconhece explicitamente crianças e adolescentes como sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e mais alguns específicos em razão de sua condição peculiar

³ As ONGs que trabalhavam na área da infância e da adolescência criaram, em 1988, o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (Forum

de pessoa em desenvolvimento. Já a Doutrina anterior pautava-se pelas carências e pelas ações assistencialistas e/ou repressivas;

3. O atendimento à criança e ao adolescente na Doutrina da Proteção Integral deve ser realizado através de políticas públicas, em reconhecimento ao dever do Estado na efetivação de seus direitos fundamentais políticos, sociais, econômicos e culturais, quando o atendimento anterior centrava-se no abrigo em instituições públicas ou filantrópicas;
4. Segundo a Doutrina da Proteção Integral a família deverá ser apoiada para que a criança e adolescente se desenvolvam de forma saudável, através de políticas públicas, buscando-se a manutenção dos vínculos familiares naturais. A Doutrina anterior privilegiava a tomada da guarda dos menores em situação irregular para o Estado, a fim de que fosse o responsável pela ressocialização;
5. A mais recente Doutrina distribui as responsabilidades pela a efetivação dos direitos entre a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público, colocando o poder executivo municipal na centralidade do atendimento, já para a Doutrina da Situação Irregular o Poder Judiciário ocupa esta centralidade.
6. A Doutrina da Proteção Integral organiza uma rede, fruto da articulação entre a sociedade civil e o Poder Público, formando um verdadeiro “Sistema de Garantia de Direitos”, conforme vem designando a melhor doutrina, onde são compartilhadas as tarefas de promover, defender e mobilizar a sociedade em nome da prioridade absoluta conferida às crianças e adolescentes.
7. A Doutrina da Proteção integral reconhece o direito à participação da criança e do adolescente.

A idéia base do Estatuto da Criança e do Adolescente é que a ação social e protetiva do Estado deve buscar, exaustivamente, a reconstituição dos vínculos familiares fragilizados ou rompidos, através de uma ação pedagógica desenvolvida em qualquer lugar onde a criança e o adolescente estejam, seja em projetos sociais, seja nas ruas. Através desse trabalho, pautado pela confiança na relação educador-educando, busca-se desenvolver a auto-percepção do educando como sujeito de direitos e apoiar sua construção de um novo projeto de vida, bem como o

restabelecimento dos vínculos familiares, quando possível e recomendável. Nos casos onde esse restabelecimento não for possível, em razão de abandono, desconhecimento sobre a família ou seu domicílio e ainda em casos de exploração ou maus-tratos, buscar-se-á o abrigo em instituição própria. Não foi à toa que o Estatuto incluiu artigo específico sobre a situação, determinando:

“Art. 23. A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único – Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

À primeira vista pode parecer que todo esse trabalho poderia ser feito de forma muito mais rápida e menos onerosa se essas crianças e adolescentes fossem retirados, com seu consentimento ou não, de uma só vez de nossas ruas e encaminhados às instituições, no entanto, a eficácia de ações como essa demonstrou-se muito pequena. Fugas de abrigos e regresso às ruas, seu resultado mais comum.

A disposição fundamentada na nova doutrina, portanto, deu-se no sentido de acabar com a lógica da política anterior e sua exacerbada institucionalização, pois diante da pobreza material da família o Estado tomava para si a guarda de crianças, política que, aliás, ainda prevalece em outros países, mas que no Brasil deverá ser substituída por programas de apoio às famílias.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À LIBERDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Direito à liberdade, bem como outros direitos fundamentais da criança e do adolescente, foi assegurado em sede constitucional em 1988, não só no capítulo que trata especificamente da família, da criança, do adolescente e do idoso (Cap. VII, Título VIII – Da ordem Social), como ao longo de seu corpo.

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

.....
LIV – ninguém será privado da **liberdade** ou dos seus bens sem o devido processo legal;

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º estende às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, determinando que deverão ser assegurados os meios e oportunidades necessários para seu desenvolvimento, em condições de liberdade e de dignidade. No capítulo especificamente destinado ao trato do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, estabelece o Estatuto:

“Art. 15 - A criança e o adolescente 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.

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 expressão,

III – crença e culto religioso;

IV – brincar, praticar esportes e divertir-se,

V -Participar da vida comunitária, sem discriminação;

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

VII – buscar refúgio, auxílio e proteção”.

Vê-se que o direito à liberdade inclui diferentes aspectos, inclusive aqueles pertinentes ao direito à participação, isto é, o direito de expressar sua opinião e de esta ser levada em conta para a tomada de decisões, tanto nas relações familiares, como em outras, de âmbito público (comunitária e política).

Cada vez mais os projetos sociais, governamentais ou não-governamentais, em todo o mundo, promovem a readequação de suas metodologias, de modo a possibilitar a participação protagônica das crianças e adolescentes na definição dos objetivos e atividades a serem realizados, tornando-os sujeitos da construção do próprio projeto de luta pela efetivação de seus direitos. O que se tem visto é que essa participação promove nas crianças e adolescentes a auto-percepção, a auto-estima, a criticidade, a habilidade para o diálogo e para a solução pacífica de conflitos, formando, de fato, cidadãos. Na contra-mão estão os projetos pautados nas necessidades e carências e não nos direitos, onde se faz algo *PELAS* pessoas com direitos violados, em seu nome, e não *COM* eles.

3.1. Restrições ao direito de locomoção

No presente trabalho, focalizaremos a liberdade mais no seu aspecto relativo à locomoção, da forma como apresentado pelo Lei 8069/90, sem, no entanto deixar de ressaltar aqui a sua inter-relação com os demais aspectos.

No que diz respeito à ação do Estado perante a prática de atos ilícitos por crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988 tratou de manter determinação anterior, definindo a inimputabilidade aos menores de 18 anos, dizendo-lhes sujeitos às normas da legislação especial. A lei anunciada veio a ser a Lei Federal 8069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que serão considerados atos infracionais as condutas descritas como crimes ou contravenções penais, quando praticados por crianças ou adolescentes.

O legislador diferenciou, acentuadamente, as conseqüências jurídicas possíveis à prática de ato infracional por crianças ou por adolescentes.

Mediante a prática de ato infracional por crianças (pessoas até doze anos de idade incompletos), poderão ser aplicadas apenas as medidas de proteção relacionadas no artigo 101 da mesma lei. São elas:

Art. 101 – Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII – abrigo em entidade;
- VIII – colocação em família substituta.

Constata-se, portanto, que mediante a prática de ato infracional por uma criança serão aplicadas tão somente as medidas de proteção legalmente previstas.

3.2 O papel dos Conselhos Tutelares.

Atente-se para o fato de ter o Estatuto criado um órgão extremamente inovador para zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Falamos dos Conselhos Tutelares, órgãos permanentes, autônomos e não-jurisdicionais (art. 131 do ECA). Esses conselhos deverão existir em cada município brasileiro e serão compostos por cinco membros, escolhidos pela comunidade local para um mandato de três anos.

Grande parte das atribuições anteriormente desenvolvidas pelas autoridades judiciais passaram a fazer parte da relação de atribuições desse conselho e, dentre elas, a aplicação das medidas de proteção para crianças que praticarem atos infracionais, isto é, agora, mediante a prática de uma conduta descrita como crime ou contravenção penal por uma pessoa com até doze anos de idade incompletos, seu encaminhamento deverá ser para o Conselho Tutelar e não mais aos órgãos policiais ou judiciais.

A legislação permitiu que esse Conselho, representante que é da comunidade que o escolheu, possa aplicar as medidas previstas no art. 101, já mencionado, excetuando a colocação em família substituta. Em outras palavras, permaneceu com o Poder Judiciário o poder exclusivo de decidir sobre a guarda de

crianças e adolescentes, bem como sobre a perda ou suspensão do poder de família.

“Art. 24 – A perda ou suspensão do pátrio poder (sic) serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

.....

Art. 136 – São atribuições do Conselho Tutelar:

I – atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no **art. 101, I a VII;**”

As decisões desse órgão poderão ser revistas, a qualquer tempo, pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

Temos, então, que não há previsão da possibilidade de aplicação de medida privativa de liberdade para pessoas com até doze anos de idade incompletos em nosso ordenamento.

3.3 DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

Para os adolescentes, pessoas entre doze e dezoito anos de idade incompletos, a legislação pertinente estabelece um outro elenco de medidas que poderão ser aplicadas mediante a prática de ato infracional, dentre elas, a privação de liberdade. Essas medidas, aplicadas em sentença judicial fundamentada, podem ser:

“Art. 112 – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência,

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das medidas previstas no art. 101, I a VI.”

No sentido de reforçar a proteção à liberdade, o Estatuto promoveu também a tipificação do crime de apreensão ilegal de crianças e adolescentes:

“Art. 230 – privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:

Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único – incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.”

A lei, em absoluta sintonia com as normativas internacionais pertinentes⁴, determina ainda que a privação da liberdade do adolescente é medida excepcional, somente podendo ocorrer quando tratar-se do cometimento de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça a vítima, quando houver descumprimento de outra medida anteriormente aplicada ou por reiteração no cometimento de outras infrações.

⁴ Convenção americana sobre os direitos humanos- Pacto de São José da Costa Rica (1969), Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça Juvenil – Regras Mínimas de Beijing (1984), Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de RIAD (1990), Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade(1990).

CAPÍTULO 4 –MENINOS E MENINAS EM SITUAÇÃO DE RUA

“É extraordinário o número de meninos que vagam pelas ruas. Durante o dia, encobrem seu verdadeiro mister apregoando jornais, fazendo carretos, uma vez, porém, que anoitece, vão prestar auxílio eficaz aos gatunos adultos que, por esta forma, se julgam mais garantidos contra as malhas policiais”⁵

A leitura do trecho acima poderia levar à crença de tratar-se de algo extremamente atual, um comentário sobre a situação de milhares de crianças que se encontram em situação de rua nas grandes, médias e pequenas cidades brasileiras do século XXI. Trata-se, no entanto, de um trecho da obra de Cândido Mota, intitulada “A Justiça Criminal”, publicado pela imprensa oficial de São Paulo em 1895.

A avaliação sobre a situação da infância “de rua” da época, servia de base para a proposta apresentada pelo mesmo autor, quatorze anos depois, em sua obra “Os menores delinqüentes e o seu tratamento no Estado de São Paulo”:

“Já existe entre nós sociedades protetoras dos animais, as quais florescem dia-a-dia pela simpatia crescente que lhes dispensa o povo brasileiro! (...) Sejam mais humanos! Aplaudamos as sociedades de proteção aos animais, mas não nos esqueçamos de proteger também os nossos pequeninos semelhantes, porque é dever muito mais alto e mais humanitário, (...) educar e reformar a infância é preparar o futuro, evitando que os meninos de hoje sejam os criminosos relapsos de amanhã” (Cândido Mota. Os menores delinqüentes e o seu tratamento no Estado de São Paulo. Diário Oficial, São Paulo, 1909, p.31. citado por Marco Antonio Cabral dos Santos in DEL PRIORE, 2004, p.223)

O fenômeno social designado “meninos em situação de rua”, como se viu acima com a citação datada de 1895, não é recente. Ele surge com a formação dos centros urbanos e é vivenciado por uma grande massa de pessoas excluídas,

⁵ Cândido Mota. A justiça criminal. São Paulo: Imprensa Oficial, 1895, citado por Marco Antonio Cabral dos Santos in Del Priore, Mary. História das Crianças no Brasil. 4ª edição - São Paulo: Contexto, 2004, p. 219

econômico e socialmente, que fazem das ruas seu espaço de socialização e fonte de geração de renda.

A crise capitalista, marcada pela exacerbada concentração de renda e a “pauperização” das maiorias sociais, só fez ampliar o fenômeno com o passar dos anos. Chegamos à primeira década do século XXI com indicadores sociais desalentadores no Brasil⁶. Em situações como essa os mais atingidos são sempre crianças e adolescentes. A rua passa a ser uma possibilidade de sobrevivência. Freitas, relata:

“Um olhar mais atento para as crianças e adolescentes que povoam as ruas das grandes cidades levou à construção de uma percepção diferente no trato com as camadas menos favorecidas da população, tornando obsoletas algumas concepções vigentes até então. Assim, descobriram-se, por trás do que antes era atribuído à desestruturação familiar, traços de solidariedade na luta pela sobrevivência. Ou seja, a rua não é apenas local de socialização onde meninos e meninas abandonados pelas famílias adquirem comportamentos socialmente reprováveis. Ela é, acima de tudo, o espaço de trabalho (concretizado de formas diversas) para os filhos de famílias das periferias que, para sobreviver, precisam do esforço de todos os seus membros. Nessa perspectiva meninos e meninas de rua são, antes de tudo, atores sociais. (in SORES, 2000, p. 12)

Como afirmado acima, os acontecimentos históricos que marcaram a chegada da Doutrina da Proteção Integral, foram antecipados por experiências alternativas de trabalho com a população de rua, pautadas no respeito à sua condição de sujeito de direitos. Mais rica também tem se tornado a produção acadêmica sobre uma nova pedagogia, a “pedagogia social de rua”, como apresenta GRACIANI:

“A Pedagogia Social de Rua consiste, pois, numa contribuição fundamental para que o educando construa uma representação de si mesmo e do mundo do qual é parte. Nesse processo, ele desvela criticamente o sentido e o significado de sua presença diante do mundo, dos outros homens e de si mesmo, a partir dos nexos que o ligam à totalidade mais ampla do social e decide sobre o seu processo de desrualização, objetivo fundamental dessa prática social educativa” (1997, p.310)

⁶ Censo do IBGE de 2000 aponta que 22% da população brasileira vive em famílias com renda inferior a ¼ do salário mínimo per capita e 47% com renda inferior a ½ salário mínimo per capita.

4.1 MENINOS DE RUA, MENINOS NA RUA.

A designação “meninos em situação de rua” abrange dois grupos bastante distintos de crianças e adolescentes:

1. Crianças e adolescentes com vínculos familiares rompidos que fazem das ruas a sua morada, em geral, não estando sob a responsabilidade de qualquer adulto, embora já seja grande o número em nosso país de famílias moradoras de rua. A maior parte deles não possui sequer registro de nascimento, não freqüenta escola e não são atendidos por projetos sociais. Vivem da mendicância, da exploração sexual, da venda de artigos ou mesmo da prática de atos ilícitos.

2. Crianças e adolescentes que permanecem com vínculos familiares, freqüentam escolas, por vezes são atendidos por projetos sociais, mas permanecem nas ruas durante parte do seu dia desenvolvendo atividades para garantir seu sustento e de sua família. Desenvolvem nas ruas atividades similares às do primeiro grupo.

Os primeiros são, inapropriadamente, chamados de “meninos de rua” e os segundos de “meninos na rua”. Dizemos inapropriadamente porque a expressão faz parecer que essas crianças e adolescentes ali nasceram, como que “brotando do asfalto” e não que para ali foram arrastadas em razão da não efetivação de seus direitos quando ainda estavam com suas famílias e em suas comunidades. O traço distintivo entre os dois grupos reside no fato de que os chamados “meninos de rua” moram nos logradouros públicos, neles permanecendo por todo o seu dia, enquanto os “meninos na rua” passam apenas parte do seu dia nas ruas desenvolvendo uma das atividades acima citadas.

De toda forma, essas duas espécies comporão o gênero que trataremos aqui por “meninos em situação de rua”, dado que a distinção não guardará, para caso, relevância marcante.

4.2 Controvérsia sobre a ação estatal junto a meninos e meninas em situação de rua.

No vasto leque de projetos sociais hoje desenvolvidos junto a população infanto-juvenil em situação de rua convivem projetos inovadores, realizados nos moldes acima delineados, e projetos extremamente polêmicos, em geral desenvolvidos por órgãos do aparato estatal, aí compreendidos os órgãos policiais, judiciais ou mesmo executores da política de atendimento à criança e ao adolescente. A polêmica gira em torno da legalidade da ação de privação de liberdade daqueles que se encontram nas ruas, em outras palavras, sobre o seu “recolhimento compulsório” dos logradouros públicos. Quatro desses casos já foram submetidos à apreciação do Poder Judiciário, nenhum deles ainda com decisão final sobre o mérito. São eles:

a. Em 1993 chegou ao Poder Judiciário a primeira controvérsia sobre ações públicas junto aos meninos em situação de rua sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratava-se de um Mandado de Segurança (MS. nº 298/93) impetrado por diversas organizações não-governamentais de defesa dos direitos da criança e do adolescente, em face de um Provimento do Juizado da Infância e da Juventude do Rio de Janeiro determinando o recolhimento e o encaminhamento ao Conselho Tutelar respectivo, de crianças e adolescentes encontrados no exercício da mendicância, dormindo em sarjeta, em estado de abandono ou em processo de marginalização. Argumentavam os impetrantes que a ação prevista no referido Provimento significava o descumprimento aos artigos 227 da Constituição Federal e 16, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente que tratam do direito fundamental da criança e do adolescente à liberdade.

Transcrevemos, a seguir, grande parte do conteúdo das informações prestadas pelo, então, Juiz de Direito da 1ª Vara de Menores da Comarca do Rio de Janeiro, Liborni Siqueira, nos autos do referido Mandado de Segurança, em razão de expressarem, de forma clara, um entendimento cada vez mais comum em nossos Tribunais:

“...Quanto ao mérito.

1. Não há qualquer transgressão aos artigos citados quer da Constituição (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 16, inciso I), ao contrário, procuramos cumprir as determinantes legais fazendo com que a criança e o adolescente, menores perante a lei,, sejam “sujeitos” dos direitos fundamentais e não “objeto” daqueles que desejam mantê-los nas ruas para justificar as verbas recebidas como

que transformando-os em fundo de comércio. (Vide Doc. nº 10 – Rio tem duas ONGs para cada menor).

2. Em princípio não se educa o menor na rua.

3. A FEEM é órgão oficial do Estado específico para o atendimento em suas unidades ou conveniadas.

4. O artigo 6º do Provimento determina que os menores sejam apresentados ao Conselho Tutelar para cumprimento dos artigos: 1º , 3º , 4º , 6º , 70 e 98 incisos I e II, 101 a 136 da Lei 8069/90. Basta lê-los para compreender.

5. Ademais o art. 262 do Estatuto determina que enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária. Somente este ano, foram encaminhados para abrigo provisório na FEEM, 370 menores, que não foram recolhidos pelo Juizado, mas apresentados por diversos órgãos, inclusive pelas duas primeiras impetrantes, por se caracterizar o artigo 98 nos seus incisos I e II, exigindo a aplicação de uma das oito medidas elencadas no artigo 101 do Estatuto.

6. O abrigo provisório é uma das medidas – inciso VII – a que não implica em privação de liberdade conforme esclarece o parágrafo único do artigo 101.

7. A equipe técnica da FEEM ao elaborar o sumário do caso e verificando que a família tem condições faz incontinentemente a entrega do menor com advertência , encaminhando-nos o estudo.

8. O artigo 16, inciso I, é claro: “Ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais (o grifo é nosso). Quais as restrições legais? São aquelas ditadas pelos artigos que especificamos no artigo 6º do Provimento.

9. O Estatuto, em muitos de seus artigos, repete o extinto Código de Menores, e, neste caso, o artigo 98, com maior amplitude, se refere à situação irregular do artigo 2º daquele Código. A intenção do legislador foi a de aclarar aquela situação. Na lei é preciso interpretar o espírito que anima suas palavras observando-se a seqüência do seu processo histórico evolutivo.

10. O legislador não usou meias palavras, fê-lo cientificamente, pois, da mesma forma que não se pode dividir o corpo em compartimentos, nem mesmo a alma, também a proteção é integral, quer dizer – total, inteira, abrangente, indispensável, inalienável – principalmente quando diz respeito à saúde, alimentação, educação e conseqüentes projeções emocionais.

11. Contamos hoje com a terceira geração de meninos-de-rua que são pequenas vítimas da incúria, da desassistência, dos que pretendem fazer da miséria e da fome a fonte inexaurível

de recursos internos e externos, de campanhas ideológicas e demagógicas, denegrindo as instituições e autoridades.

12. Seria cômodo engrossarmos a orquestra bem ensaiada dos impetrantes para dizer que é direito dos meninos-de-rua, representar a cena dantesca dormindo nas sarjetas, famintos e imundos, cobertos por uma folha de jornal e explorados, material e sexualmente, por adultos.

13. É fácil denunciar, fazer passeatas, seminários e congressos. O difícil é apresentar soluções concretas e acolher os pequeninos dando-lhes uma perspectiva de um futuro melhor.

14. Em 1975 tínhamos 25 milhões de carentes e abandonados, hoje chegamos aos 38 milhões, praticamente um milhão de acréscimo por ano. Isto interessa a quem?

Liborni Siqueira
Juiz de Menores

b. Em junho de 1999 o Juiz Coordenador das Varas da Infância e da Juventude de Fortaleza iniciou um programa de recolhimento de menores que se chamou "Operação Meninos Colados". O nome da operação derivava da intenção de recolher drogadictos, em especial, usuários da "cola de sapateiro", substância bastante consumida por moradores de rua à época. Embora não tenha sido formalizada a criação da operação e que, portanto, não fosse de conhecimento público a descrição de suas ações, a imprensa local deu ampla repercussão à operação e veiculou entrevista com o seu coordenador, onde o mesmo afirmava: "O papel de retirar os meninos da rua não é do Judiciário, mas como as autoridades governamentais são omissas, o Juizado trabalhará para resolver o problema" (Jornal Diário do Nordeste, de 02 de junho de 1999).

No segundo dia da operação dois Promotores de Justiça e os advogados da organização não-governamental Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará (CEDECA-Ceará) impetraram Habeas Corpus (n. 99.03499-0) em favor de seis pacientes, uma criança e cinco adolescentes, que se encontravam nas dependências do Abrigo Luiz Barros Montenegro, local reservado à adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional.

Argumentaram os impetrantes que os pacientes não teriam cometido qualquer ato infracional, que não havia procedimento algum instaurado e, nem mesmo, ordem judicial escrita e fundamentada determinando a privação de liberdade, tratando-se, então, de constrangimento ilegal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará terminou por determinar o arquivamento do remédio constitucional em tela por perda do objeto, posto que os pacientes foram liberados e entregues às suas famílias antes da decisão final, mas o fez não sem antes concordar com as razões do impetrado de que a ação tinha como fim a proteção dos meninos em situação de risco que perambulavam nas ruas da capital cearense, nos seguintes termos “Foi, portanto, imbuído deste sentimento de luta e com total respaldo da Diretoria do Fórum local que se iniciou a campanha para retirar das ruas “os meninos colados” a qual, a nosso entender, devia receber o apoio de toda a coletividade e não apenas as suas críticas”⁷

c. Na cidade do Rio de Janeiro, em novembro de 2004, foi lançada pela Secretaria de Segurança Pública a “Operação Turismo Seguro”. Através dela, policiais civis e militares promovem a abordagem e o recolhimento dos meninos em situação de rua que são levados à Delegacia de Proteção a Criança e ao Adolescente e identificados por um sistema de fotografias e fichamento pessoal, após o que são remetidos para instituições municipais ou estaduais. Mais uma vez a imprensa informou sobre os resultados da operação: “...Em três dias de operação, cujo objetivo é diminuir os ataques a turistas, 188 menores foram recolhidos e cadastrados na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), segundo a polícia civil. Desse total, 4 eram infratores e foram encaminhados para abrigos específicos. Outros 37 que não eram do Rio, foram levados para abrigos de seus municípios. Dos 147 restantes encaminhados à Central de Triagem da Prefeitura, apenas 17 permaneciam lá no fim da tarde de ontem. Os outros 130 fugiram” (Jornal O Globo de 20 de novembro de 2004, p.18).

A Organização de Direitos Humanos “Projeto Legal” impetrou Habeas Corpus em favor de quatro adolescentes, argumentando que a operação em questão agia de forma ilegal e arbitrária e ainda que não existia qualquer plano de inclusão social para os recolhidos. A Desembargadora Nilza Bitar da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que cassou liminar favorável aos impetrantes concedida pelo Desembargador plantonista, teve a seguinte declaração veiculada pela imprensa carioca: “O fato de os menores estarem nas ruas só interessa a traficantes, pedófilos, exploradores da prostituição infantil e outros, como

⁷ Parecer da Desembargadora Relatora, Dra Huguette Braquehais nos autos do HC n. 99.03499-0.

os do turismo sexual...Violência é deixá-los nas ruas condenados a morrer antes de alcançarem a maioridade, expostos a toda sorte de abusos, aprendendo, na escola livre do crime, a roubar e a matar.” (Jornal O Globo do dia 03 de dezembro de 2004).

d. E, finalmente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita no Supremo Tribunal Federal sob o n. 3446-4, ajuizada em março de 2005 pelo Partido Social Liberal - PSL. A ação pretende a declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Lei 8069/90 que dispõem sobre o direito à liberdade de locomoção das crianças e adolescentes e ao atendimento de crianças pelo Conselho Tutelar em caso de cometimento de ato infracional. Especificando, elenca os seguintes artigos: 16, I; 105; 122, I, II e III; 136, I; 138 e 230, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como artigos violadores dos preceitos constitucionais contidos nos arts. 5º, XXXV e LIV; 227, caput, § 3º e seu inciso IV, bem como o art. 228, todos da Constituição Federal de 1988.

Defende o Partido autor que “ em relação ao adolescente, inimputável (C.F., art. 228), pessoa com idade entre 12 e 18 anos (art. 2º da L. 8069/90), não há na espécie, a prisão, a que se refere o art. 5º, LXI, da Constituição da República, sendo possível, em consonância com o princípio da razoabilidade (C.F., art. 5º), a apreensão para averiguação, ou por motivo de perambulação, desde que determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (ECA, art 106, in fine).”

O presente trabalho não tem a intenção de discutir isoladamente cada caso, fazendo sua apresentação apenas para que fique bem situada a problemática que aqui se quer abordar. Isto porque, guardadas as peculiaridades de cada caso apresentado, todos têm em comum a pretensão de discutir a possibilidade de retirar compulsoriamente das ruas crianças e adolescentes que não cometeram ato infracional para proceder-lhes a proteção.

Nos três primeiros casos estão em questão operações específicas, empreendidas para a retirada de meninos das ruas de Fortaleza e do Rio de Janeiro, isto é, nesses casos a discussão sobre a tensão entre os direitos à liberdade e a à proteção seria realizada nos limites de cada ação. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade o objetivo é discutir, em tese, esse conflito, pretendendo-se mesmo afastar um dos direitos de nosso ordenamento a fim de que o outro não venha a ser cerceado em situações futuras.

CAPÍTULO 5 – O DIREITO À PROTEÇÃO INTEGRAL X O DIREITO À LIBERDADE.

Começemos por verificar se na ação de recolhimento compulsório de crianças e adolescentes em situação de rua configura-se, de fato, uma colisão entre os direitos fundamentais à proteção e à liberdade. Para isso é necessário determinar o âmbito de proteção de cada direito fundamental, como nos ensina Edilson Pereira de Farias:

“Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira caberia inicialmente, ao intérprete-aplicador determinar o Tatbestand (âmbito de proteção) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão. Também Vieira de Andrade concorda que esses não são verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais, mas hipóteses que exigem a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos. Arrola exemplos: Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator em palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte?...” (FARIAS, 2000, p.121)

O que se defende aqui é a necessidade de verificação das situações em que a própria lei limitou um determinado direito. No caso da abordagem e recolhimento dos chamados meninos em situação de rua, há que verificar-se se, de fato, existe a colisão entre os direitos. Em outras palavras somente no caso concreto, aqui sendo entendido como o caso de cada criança ou adolescente e não de toda a “operação de recolhimento”, será possível determinar tratar-se de uma autêntica colisão ou simplesmente de uma arbitrariedade ou constrangimento ilegal.

No que diz respeito à liberdade, podemos afirmar que não terá ocorrido constrangimento ilegal se verificado:

1. que a criança ou adolescente foi convencido a aceitar uma medida protetiva e concordou com a sua retirada das ruas;
2. se ocorreu flagrante de ato infracional;
3. se havia ordem judicial fundamentada determinando sua apreensão;

4. se a criança ou adolescente não se encontrava em atividade restrita pela lei, a exemplo das relacionadas nos artigos 74 a 85 e artigo 149 do ECA (p.ex. hospedando-se em motéis ou saindo do país sem autorização judicial).

Em qualquer dessas hipóteses não há que se falar em colisão, mas apenas de situações onde a própria lei impôs limites ao direito à liberdade de crianças e adolescentes. Nunca é demais lembrar que Constituição Federal de 1988 afastou a possibilidade de prisão para averiguação, anteriormente praticada, algumas vezes amparadas por “atos” da autoridade policial que determinavam a prisão administrativa para investigação.

No que se refere à proteção será necessário verificar sua efetividade, pois a supressão da liberdade não poderia se dar apenas por uma promessa de proteção, que, na maioria das vezes, não ocorre. Opinião contrária é defendida por Leal:

“Os defeitos do sistema merecem reparo com novos projetos a se desenvolverem mediante o trabalho de equipes interdisciplinares, preparadas para o desempenho de funções com pessoas sabidamente carentes, de afeto em primazia. Trata-se, portanto de um defeito de instrumento e não de finalidade. Esta não pode ser substituída, sob pena de violação da ordem constitucional vigente.”
(LEAL, 2001, p. 67)

Para a citada autora as falhas no sistema de atendimento à crianças e ao adolescente são distorções que não autorizam que se alargue o alcance da liberdade para evitá-la:

“Se a chamada institucionalização apresenta falhas, não seja elevada a causa da manutenção do abandono, por comodidade em não buscar soluções mais adequadas. As falhas do sistema devem ser vencidas e não utilizadas como argumento para a manutenção das desigualdades sociais e justificativa para a omissão estatal.”
(LEAL, 2001, p.88).

Em nosso entender, não vale dizer que as falhas do sistema de atendimento à criança e ao adolescente não justificam que o direito à liberdade seja privilegiado, pois neste caso, se a proteção em nome da qual foi suprimida a liberdade, não for efetiva, terá sido em vão a supressão de um direito. Na verdade, não há que se falar em conflito de direitos se essa proteção não for efetiva. Tira-se a liberdade de um ser humano em nome de um novo preenchimento de uma ficha, um cadastro, um constrangimento.

Excluídas as hipóteses acima de restrição legal do direito e constatada a efetividade da proteção que se pretende garantir, resta-nos os casos onde, de fato, será identificada a colisão entre os direitos à liberdade e à proteção. Para Inocêncio Mártires Coelho:

“...Rigorosamente, as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento da sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos... Daí, também, Karl Larenz acentuar que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do afazer hermenêutico, que não se pode desenvolver abstratamente, antes exige um ir-e-vir ou um *balançar de olhos* entre a norma e o fato ou entre a possível interpretação e o seu resultado” (COELHO, 1997, p.41)

Aspecto relevante da questão é ainda levantado por Leal em sua obra sobre a liberdade de crianças e adolescentes, quando afirma que o respeito à liberdade de locomoção das crianças que estão abandonadas ou nas ruas é discriminatório, pois aqueles submetidos ao poder de família têm sua liberdade limitada pela ação de seus responsáveis:

“Não há, entre o menor abandonado que vive sozinho pelas ruas, à própria sorte, e aquele guardado por uma família, qualquer elemento diferenciador que se possa erigir à categoria de fator discriminatório...Não há, portanto, discrimen que justifique a afirmação de que aquele, segundo seu direito de liberdade, não pode ser retirado das ruas [...] Toda criança e adolescente, esteja ou não sob proteção de uma família, tem o direito de ser assistido. Se a guarda, como dever que é, autoriza restrições à liberdade, para preservação dos demais direitos, seria diferenciador de modo **desarrazoado** entre aqueles que se encontram a ela submetidos e outros que, por toda sorte de anomalias ou distorções sociais, encontram-se deixados ao próprio governo” (LEAL, 2001, p.65)

A autora faz o paralelo da ação do Estado com a daquele que detém a guarda. Ora, o Estado não é, pelo menos ainda, o detentor da guarda de tantos quantos estejam nas ruas. Essa colocação caberia se estivéssemos aqui discutindo o poder de limitação da liberdade que possui um dirigente de abrigo, onde, após ação judicial, tivesse sido colocada a criança. E vale, ainda, lembrar que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda do pátrio

poder, designado hoje por “poder de família” (Art.23 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Não se está a defender que a liberdade seja um direito absoluto como se tem colocado. Sendo, como é, um direito fundamental deverá, em alguns casos, ser limitado pelos demais, posto que é de sua natureza o condicionamento recíproco. Se fosse absoluta não seria princípio. O que defendemos é que essa limitação deverá ocorrer em casos individualmente analisados e através de decisão judicial.

Ressaltamos, no entanto que a supressão mesma do direito à liberdade de locomoção, como se pretende, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade citada acima (4.2.4), significa equiparar direitos fundamentais (princípios) às regras, posto que essas não são afeitas às antinomias e não possuem tendência natural à colisão, como os primeiros.

Não há mais lugar em nossa doutrina, e tampouco em nossos Tribunais, para a visão tosca e obsoleta que fundamenta a supressão geral de um direito fundamental de nosso ordenamento em nome de outro, com o qual guardaria aparente incompatibilidade. A solução deverá ser apresentada para o caso concreto, onde será decidido se um direito, e qual deles, deverá ser privilegiado no referido conflito jurídico e não mais do que nele.

Nas palavras de Edilson Pereira de Farias, “ Vale dizer: não se resolve colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro” (FARIAS, 2000, p. 120). Acrescenta Farias:

“ Verificada, no entanto, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação entre os bens envolvidos, visando resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Nesta tarefa, pode guiar-se pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros fornecidos pela doutrina”. (FARIAS, 2000, p. 122)

Os princípios citados pelo autor buscarão harmonizar ou compatibilizar preceitos discrepantes, através de um procedimento racional de ponderação. Conforme Edilson Farias “Segundo R. Alexy, na lei da ponderação, a saber: a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito oposto”. (FARIAS, 2000, p. 124).

Os direitos fundamentais são interdependentes, integrais e inter-relacionados, não havendo entre eles hierarquia, mas sim tensão permanente e restrição mútua, conforme tratado no primeiro capítulo deste trabalho. No entanto, é interessante destacar que o princípio da proteção integral guarda semelhanças com o princípio da dignidade, caracteriza-se como um conjunto de outros direitos fundamentais. A liberdade é, pois, um dos componentes da Proteção Integral, não configurando noção antagônica, mas sim, de “convivência” em condicionamento recíproco. Não há liberdade sem a proteção integral ou proteção integral sem liberdade. Sobre o caráter interdependente dos direitos fundamentais da criança, cita BRUÑOL:

“La amplitud de sus disposiciones permite señalar que la CDN constituye un verdadero programa de acción para los Estados que ratifican, destinado a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen. Estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos. De este modo del carácter integral e interdependiente de los derechos consagrados por la CDN, se deriva la necesidad de una protección integral, que es la aspiración fundamental que pretenden satisfacer los nuevos códigos de la infancia y adolescencia.”

As operações de recolhimento de crianças e adolescentes costumam acontecer em espaços de convivência coletiva das camadas mais pobres da população. Ruas e praças do centro da cidade ou de aglomeração de turistas. No caso da recente “operação” carioca não se buscou esconder seus reais objetivos a partir da escolha mesma de seu nome, a saber “Operação Turismo Seguro”. Vê-se que a privação de liberdade deu-se em razão de serem aqueles meninos percebidos como “criminosos potenciais” que provavelmente incomodariam os visitantes da Cidade Maravilhosa.

A defesa que se pretende realizar nessas ações é, afinal, de quem? Será, de fato, da criança e do adolescente em situação de risco? Ou será que, num regresso à ações higienistas do começo do século XX, a sociedade quer mesmo é promover a “limpeza” das ruas, escondendo e privando de liberdade aqueles diferentes, desviantes e teimosos que insistem em mostrar-se?

A intervenção do Estado restringindo direitos pode acontecer como meio ou estratégia para a garantia de outros direitos, do próprio cidadão ou da coletividade. No entanto, essa intervenção deverá ser fruto de um processo de ponderação realizado em cada caso concreto, em outras palavras, promovendo o diálogo entre as circunstâncias fáticas e jurídicas que incidem sobre o caso e jamais em uma ação envolvendo diferentes sujeitos de direitos, igualados apenas pela/na situação de exclusão social em que vivem.

CONSIDERAÇÕES GERAIS:

O olhar fotográfico sobre a, cada vez mais caótica, paisagem urbana e pelo cenário grotesco da exclusão social, pode produzir a crença em soluções aparentemente “mágicas” dos problemas, como a retorno a legislações e políticas públicas repressivas já superadas, não por outras razões senão pela sua comprovada ineficácia para a efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Apesar de contarmos hoje com experiências de políticas públicas interessantes destinadas a meninos e meninas em situação de rua, essas melhores práticas convivem com outras, de cunho arbitrário e repressor que, num “saudoso retorno” à Doutrina da Situação Irregular, tratam da mesma forma infratores e pessoas em situação de vulnerabilidade social.

A retirada indiscriminada de crianças e adolescentes de nossas ruas já foi experimentada e a história cuidou de revelá-la um equívoco gerador de mais exclusão e estigmatização. Para oferecer a efetiva proteção integral é necessário um reordenamento da política de atendimento com a estruturação de programas e políticas públicas básicas, de assistência, de proteção especial e de atendimento aos adolescentes em conflito com a lei.

Não defendemos que a liberdade seja um direito absoluto e que em seu nome ocorra a violação de todos os demais direitos. A liberdade, como direito fundamental que é, poderá, em alguns casos, ser limitada em nome da dignidade, da proteção integral, em nome, enfim, do exercício dos demais direitos. E não poderia ser diferente, posto que é de sua natureza de princípio o condicionamento recíproco em relação a outros também princípios.

O que defendemos é que essa limitação deverá ocorrer em casos individualmente analisados, aqui tomando cada criança e não cada operação, campanha ou ação, através de processos judiciais e determinada por meio de decisão judicial fundamentada.

O incômodo de conviver com a miséria e o discreto desejo de afastá-la, prendendo-a nas instituições ou nos casebres, não pode mais ser a tônica da ação estatal destinada a crianças e adolescentes. A pretensa legalidade da medida de restrição de liberdade de crianças em situação de rua justifica-se numa explícita lógica de higiene social. Voltamos assim aos primórdios do séc.XX quando a ação do Estado destinada para a infância era exclusivamente a de “defender” as elites,

afastando do convívio social os filhos dos pobres, as vítimas das injustiças históricas...Em momento algum os defensores da restrição **indiscriminada** da liberdade de crianças em situação de rua pensam na anterior falência do Estado na proteção social de suas famílias. Essas crianças, prioridade absoluta, acabam por tornarem-se vítimas duplamente: de sua condição social e do Estado higienista.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 7ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição – São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

_____. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 2ª edição – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. 1ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Derecho a tener derecho*: Tomo 4, Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina.— Programa regional/nacional de capacitación en derechos del niño y políticas sociales para la infancia y adolescencia en América Latina y Caribe— Montevideo, Uruguay: UNICEF, Fundação Ayrton Senna, [s.d.].

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. 1ª edição – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, a.7, n.62, 2003. Acesso através de <<http://www.jusnavigandi.com.br>>.

DEL PRIORE, Mary (Org.). História das Crianças no Brasil. 4 ed. - São Paulo: Contexto, 2004

FARIAS, Edilson Pereira. A Colisão de Direitos. 2ª edição – Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2000

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria Processual da Constituição. 1ª edição. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto de Direito Constitucional, 2000.

_____. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais – São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

GRACIANI, Maria Stela Santos. Pedagogia Social de Rua. 1ª edição – São Paulo: Cortez Editora e Instituto Paulo Freire, 1997.

LEAL, Luciana de Oliveira. Liberdade da Criança e do Adolescente. 1ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

LEI FEDERAL 8069/90.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e Ato Infracional – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente – São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/SECRETARIA DE ESTADO DOS DIREITOS HUMANOS. A razão da Idade: Mitos e Verdades. Coleção Garantia de Direitos. Brasília, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva (Org.). Interpretação Constitucional. 1ª edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOARES, Maria Norma Maia (Org.). O Descobrimento e Outras Descobertas. Sobral: Edições UVA, 2000.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de Assistência e Proteção aos menores.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem (10 de dezembro de 1948).

NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos da Criança (21 de novembro de 1959).

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966.

NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude: Regras de Beijing/Pequim. 1985.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre Direitos da Criança. 1989.

NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados da Liberdade. 1990.

NAÇÕES UNIDAS. Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil: Diretrizes de Riad. 1990.