

veis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado". É bem verdade que do art. 226, em comentário, sai a compreensão de que, reconhecida como família (entidade familiar), a união estável também é concebida como base da sociedade, que deverá igualmente ter a proteção especial do Estado. Tivemos a oportunidade de ver nascer essa verdadeira revolução familiar e de imediatamente apoiá-la, quando a fórmula foi sugerida. Estávamos no Plenário da Comissão Afonso Arinos, procurando um meio de reconhecimento constitucional das uniões familiares de fato, tidas de modo pejorativo como "concubinato". Foi aí que – imaginem! – a luz brilhou, talvez como inspiração divina, quando o padre Fernando Bastos D'Ávila sugeriu "uniões estáveis". O padre D'Ávila – uma das vozes mais progressistas da nova Igreja Católica – já havia demonstrado suas idéias avançadas durante todas as discussões dos temas chamados *sensíveis* ou *polêmicos*, mas a concepção das *uniões estáveis* foi, certamente, a mais extraordinária, por vir de um padre.

A união estável foi regulada pela Lei 9.278/1996, hoje quase toda revogada, diante da nova regulamentação que lhe deu o Código Civil/2002 (arts. 1.723-1.726). Com base nas normas constitucionais e nas regras dessa legislação ordinária, pode-se definir a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, fundada na convivência pública, contínua e duradoura. O Código Civil acrescenta a cláusula "estabelecida com o objetivo de constituição de família". Essa caracterização de mera intenção não é constitucionalmente reconhecida. Não interessa que a união tenha sido formada com esta ou aquela finalidade: o que importa é sua existência, objetivamente considerada. O Código Civil retrocede quando, em seu art. 1.727, desqualifica a união estável, ao considerar como *concubinato* as relações não-eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Ora, "relações não-eventuais entre o homem e a mulher" é a mesma união estável reconhecida no art. 226, § 3º. A Lei 9.278/1996 qualificava de *conviventes* o homem e a mulher em união estável. O Código qualifica de *companheiros*. A lei (art. 2º) previa, como direito e deveres iguais dos conviventes, o respeito e a consideração mútuos, a assistência moral e material recíproca e a guarda, sustento e educação dos filhos comuns. O Código prevê que à união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, se aplica o regime de comunhão parcial de bens, em enunciado mais enxuto, mas essencialmente idêntico ao regime previsto na lei – que, assim, fica derogada. A conver-

são da união estável em casamento realiza-se mediante pedido dos conviventes ao juiz e assento no Registro Civil (CC, art. 1.726 – em lugar do art. 8º da lei). A dissolução da união estável continua a ser regida pelo art. 7º da Lei 9.278/1996 (infra).

[Jurisprudência – STJ: "A 4ª Turma, por maioria, entendeu que na ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens é inaplicável o art. 100, I, do CPC, diante do princípio da igualdade entre os cônjuges, proclamado no art. 226, § 5º, da CF de 1988. Assim, não mais vigente o art. 100, I, do CPC, descabe sua aplicação na espécie, tornando aplicável o art. 94 do mesmo Código" (REsp 327.086-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 8.10.2002, Informativo STJ 0150, 7-11.9.2002).]

**5. DIREITOS E DEVERES INERENTES À SOCIEDADE CONJUGAL.** "Sociedade conjugal" não deve ser entendida no sentido tradicional e estrito da sociedade entre homem e mulher fundada no casamento, porque a união estável, considerada entidade familiar, também gera uma sociedade conjugal – ou seja, uma sociedade que conjuga direitos e deveres inerentes aos consortes. Assim, quando o Código Civil diz que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família, embora fale em "casamento", se há de entender que também os companheiros ou conviventes de uma união estável estão contemplados. Portanto, os deveres de fidelidade, vida comum, assistência mútua, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos, previstos para ambos os cônjuges no art. 1.566 do CC, estendem-se também aos conviventes da união estável (art. 1.724); assim, também os direitos referentes à direção da sociedade conjugal, que se prevêem para marido e mulher, aplicam-se igualmente aos conviventes. O que importa é notar que os direitos e deveres cabem ao homem e à mulher igualmente, por força do disposto no § 5º do art. 226, em comentário – o que nada mais é que uma especificação da regra geral constante do art. 5º, I, segundo o qual "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

**6. DIVÓRCIO.** O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. Os casos de divórcio constituem matéria da lei civil (CC, art. 1.573). A CF, no § 6º do art. 226, em comentário, só indica uma, de duas condições: separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Divórcio é instituição que se aplica apenas ao casamento civil. Suas regras não se estendem à união estável. Por

ser união de fato, reconhecida embora pela Constituição, não é protegida por vínculo jurídico que imponha aos conviventes a manutenção da união. É presumível, pois, a possibilidade de sua dissolução, também de fato ou por mero acordo entre os conviventes, tanto que a lei, como visto, não a disciplina, apenas disciplina seus efeitos. É o que consta do art. 7º da Lei 9.278/1996, segundo o qual, uma vez "dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos".

**7. PATERNIDADE RESPONSÁVEL E PLANEJAMENTO FAMILIAR.** A paternidade responsável – ou seja, a paternidade consciente, não-animalesca – é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal – de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas.

## ART. 227

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.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º. A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de

**8. ASSISTÊNCIA À FAMÍLIA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.** O caput do artigo em comentário já disse que a família "tem especial proteção do Estado". Isso inclui a assistência que § 8º prevê. Mas aqui há uma especificação, quando o texto diz que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram". Vale dizer: não é à entidade familiar, em si, que o Estado prestará assistência, mas ao marido, ou à mulher, ou aos filhos, segundo as necessidades de cada um, até mesmo em contraposição a outros membros. Isso está claro quando o dispositivo impõe ao Estado coibir a violência no âmbito das relações entre os integrantes da família. É sabido que a mulher, especialmente, é vítima de violência doméstica praticada pelo homem; mas os filhos também são vítimas de violência de ambos os pais, em nível que ultrapassa de muito as regras da simples correção educacional paterna ou materna. Em qualquer desses casos é dever do Estado intervir para fazer cessar a violência e punir o responsável por sua prática. Mais uma vez é preciso dizer que a expressão "assistência à família" deve ser tomada no sentido de "assistência à entidade familiar", abrangendo, portanto, a entidade familiar biparental como a monoparental e a união estável.

guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º. 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.

§ 7º. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

1. Referências contextuais. 2. Criança e adolescente. 3. Direitos fundamentais da criança e do adolescente. 4. Garantia dos direitos. 5. Direito de liberdade: 5.1 Fundamento normativo; 5.2 Liberdade de ação; 5.3 Liberdade de ir, vir e estar; 5.4 Liberdade de opinião e de expressão; 5.5 Liberdade de crença e culto religioso; 5.6 Liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se; 5.7 Liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações; 5.8 Liberdade de participar da vida política, na forma da lei; 5.9 Liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação; 5.10 Considerações finais. 6. Direito ao respeito. 7. Direito à convivência familiar e comunitária. 8. Direito a proteção especial. 9. Família substituta. 10. Adoção. 11. Filhos havidos ou não da relação do casamento. 12. Amparo aos portadores de deficiência. 13. Reconhecimento de direitos e realidade.

**1. REFERÊNCIAS CONTEXTUAIS.** O comentário a este artigo 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 – ECA, instituído pela Lei 8.069, de 13.7.1990. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia-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 dedica 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 8.069/1990.

**2. CRIANÇA E ADOLESCENTE.** Criança, segundo a Convenção, é todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria dela seja alcançada antes (art. 1º). Como, no Brasil, aos 16 anos a pessoa adquire relativa capacidade jurídica, o Estatuto considera criança a pessoa até 12 anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Isso quer dizer que o conceito de criança nos termos da Convenção abrange no sistema brasileiro a criança e o adolescente.

**3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** Assim, o art. 227, em consideração, é, por si só, uma carta de direitos fundamentais da criança e do adolescen-

te correspondentes aos previstos naquela Convenção. O *caput* do artigo contém a declaração dos direitos, enquanto seus parágrafos indicam as providências visando a conferir eficácia aos direitos ali prometidos – como direito de proteção especial nas relações de trabalho e previdenciárias; 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 órfão ou abandonado; programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependentes 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”. Esses direitos especificados no art. 227 da CF não significam que as demais previsões constitucionais de direitos fundamentais não se lhes apliquem. Ao contrário, os direitos da pessoa humana referidos na Constituição lhes são também inerentes – assim, os direitos à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, como já foi visto, a eles se aplicam, na forma discriminada no Estatuto. 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”. Isso está traduzido no art. 3º do ECA (Lei 8.069/1990), 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 esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Paulo Vercellone, 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 coloca-se 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 trata-se, contudo, de uma revolução, 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”.<sup>142</sup>

**4. GARANTIA DOS DIREITOS.** Assegurar os direitos da criança e do adolescente é dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade. A própria Constituição especifica na pessoa dos pais alguns dos deveres para com a criança e o adolescente, na medida em que lhes impõe “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (art. 229); mas é difícil determinar à sociedade o cumprimento do dever previsto. Ao Estado é que corre o verdadeiro dever jurídico de garantir à criança e ao adolescente os direitos referidos no artigo. Alguns deles estão especificados nos parágrafos do artigo em comentário, como o dever de promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, mediante a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil e a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental; bem como a integração social do adolescente portador de deficiência, mediante treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. Os direitos fundamentais da criança e do

adolescente são objeto de especificação pormenorizada no Estatuto (Lei 8.069/1990). 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 ao 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”.<sup>143</sup>

Com efeito, o ECA, no art. 7º, estatui 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 delineiam 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 do Estatuto –, e é dever de todos velar por ela, “pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

**5. DIREITO DE LIBERDADE: 5.1 Fundamento normativo.** 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. É também reconhecido, em termos genéricos, no art. 227 da CF, em comentário. *Direito à liberdade* é uma das formas expressivas dos direitos fundamentais da pessoa humana, que o Estatuto mencio-

142. In Munir Cury (coord.), *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 7ª ed., p. 32.

143. Deodato Rivera, in Munir Cury (coord.), *Estatuto ...*, 7ª ed., p. 97.

na em vários dispositivos em favor da criança e do adolescente, como no 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 CF, deixando, no entanto, a explicitação do seu conteúdo para o art. 16 – quais sejam os direitos: “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 familiar e comunitária, sem discriminações; VI – participar da vida política, na forma da lei; VII – buscar refúgio, auxílio e orientação”.

**5.2 Liberdade de ação.** Não está explicitada no art. 16 do ECA, mas merece referência de início, por ser a liberdade-base. Seu fundamento acha-se no art. 5º, II, da CF, 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 entenderem*, salvo quando a lei determine em contrário. A Constituição mesma impõe restrições à liberdade de ação da criança e do adolescente – quando, por exemplo, proíbe o trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos, e o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 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 poder familiar.

**5.3 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 ECA. 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. 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. Por isso é que o inciso I do art. 16 do ECA fala em “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 sujeitos 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 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 inciso VII do art. 16 do ECA (*infra*). A criança não pode ser privada de sua liberdade em 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 acompanhada 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 do adolescente dá a medida correta e as condições das restrições.

A propósito, ainda, da entrada da 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 ECA, o que prescreve o art. 10 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, referendada pelo Decreto Legislativo 28, de 14.9.1990, *in verbis*: “Art. 10 – 1. De acordo com a obrigação dos Estados-Partes estipulada no § 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 consequências 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).

**5.4 Liberdade de opinião e de expressão.** A *liberdade de opinião* resume a liberdade de pen-

samento e de manifestação do pensamento, prevista no art. 5º, IV, da CF, não explicitamente referida no art. 16 do ECA. Trata-se da liberdade do indivíduo de adotar a atitude intelectual e 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 criança e o adolescente devem sempre ser ouvidos quando queiram ou devam emitir sua opinião, mormente nos assuntos que lhes dizem respeito (ECA, arts. 28, § 1º; 45, § 2º; 111, V; 124, I-III e VIII; 161, § 2º; e 168).

A *liberdade de expressão*, aspecto externo da liberdade de opinião, está consagrada no art. 5º, IX, da CF. 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 liberdade de convicção filosófica e política também constitui forma 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: tem a liberdade de tê-la, e a propósito dela não caberá sanção alguma por recusar-se a cumprir obrigação legal a todos imposta. Dir-se-á que também isso não ocorrerá. Certa vez, no entanto, alguns alunos de uma escola de 1º grau, por formação religiosa, recusaram-se a prestar preito à Bandeira Nacional. A professora indagou se eles não estariam sujeitos à perda dos direitos políticos, nos termos do art. 149, § 1º, “b”, da CF 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 san-

ção prevista no art. 15, IV, da CF de 1988 – perda de direitos políticos (se já os tiver, nos termos do art. 14, II, “c”) –, no caso de *escusa de consciência*.

### 5.5 Liberdade de crença e culto religioso.

A crença tem dimensão íntima, interna. Pode ficar no simples sentimento do sagrado puro, na simples contemplação muda 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* (v. comentários ao art. 5º, VI). A liberdade de crença e de culto da criança e do adolescente é estreitamente conexa 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 poder familiar, 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 CF, não entra a *educação religiosa*, a menos que os próprios interessados o requeiram, como podem 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 estejam internados (cf. art. 5º, VII, da CF e arts. 94, XII, e 124, XIV, do ECA). 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.

**5.6 Liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se.** Aqui, estamos no reino da criança. Crianças vivem uma existência de fantasia, e levam essa fantasia para a ação. São quadrlheiros, pássaros voadores, justiceiros...<sup>144</sup> “Infância é época de brinquedos. E qualquer sistema de comunidade que ignore essa verdade está educando erradamente.”<sup>145</sup> Os adultos esquecem essa evidência e tolhem a liberdade das crianças e adolescentes ao brinquedo. Marcam-lhes horário para tudo, mas nem sempre reservam período para a diversão. O “temor pelo futuro da criança leva os adultos a priva-

rem os filhos do direito de brincar”,<sup>146</sup> sem atinar a 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, torna-se triste e pode transformar-se em um 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”.<sup>147</sup>

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 de divertir-se. É necessário oferecer meios que propiciem a 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, previsto no art. 71 do ECA.

**5.7 Liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações.** Essa liberdade harmoniza-se com o direito da criança e do 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 do ECA). *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 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 da CF).

**5.8 Liberdade de participar da vida política, na forma da lei.** Em sentido típico, essa liberdade realiza-se 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 16 anos de idade, quando se lhe reconhece a faculdade de alistamento eleitoral e de voto e também de filiação partidária (cf., art. 14, § 1º, II, “c”, da CF). Contudo, a criança e o adolescente têm o direito de exercer outras atividades participativas, que, em sentido mais amplo, podem configurar-se como políticas. Assim é o direito de organização e participação em entidades estudantis.

**5.9 Liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.** Esta liberdade caracteriza-se 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 os arts. 87, II, 130 e 142 do ECA. 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 CF, já comentado.

**5.10 Considerações finais.** A questão da liberdade da criança e do adolescente envolve uma problemática muito complexa, dadas sua posição jurídica no seio da família e da escola e sua condição peculiar de pessoas 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”.<sup>148</sup> Lembra também que liberdade não é licença, e que esta começa nos limites em que a conduta interfere com a liberdade dos demais.<sup>149</sup> 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 configuraria 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 amplia-se em favor dos primeiros.

**6. DIREITO AO RESPEITO.** Consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem e da identidade pessoais (ECA, art. 17).

**7. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.** É direito de toda criança e

adolescente serem criados e educados no seio de sua família ou de família substituta, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Esses direitos aplicam-se aos filhos havidos fora do casamento, ou por adoção.

**8. DIREITO A PROTEÇÃO ESPECIAL.** O *direito à proteção* previsto no § 3º do art. 227 da CF inclui proibição de trabalho a menores de 14 anos de idade, salvo na condição de aprendiz (tal como também consta no art. 7º, XXXIII). A *aprendizagem* consiste na formação técnico-profissional ministrada segundo diretrizes e bases da legislação de educação em vigor, obedecendo aos seguintes princípios: (a) garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular; (b) atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente; (c) horário especial para o exercício das atividades, garantidos os direitos previdenciários e trabalhistas. Também se prevê proteção especial no caso de ato infracional, com a garantia de igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, não podendo o adolescente ser privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, observados os princípios da brevidade e da excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida de privação da liberdade.

**9. FAMÍLIA SUBSTITUTA.** O inciso VI do § 3º do art. 227 da CF prevê o estímulo do Poder Público, por qualquer modo – pois a enumeração é puramente exemplificativa –, ao “acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”. Tem-se por esse modo a formação de uma *família substituta* da família natural. Esta, como se sabe, é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. “Família natural”, aqui, abrange qualquer entidade familiar, incluindo a união estável. A colocação em família substituta deve ser precedida de audiência da criança ou adolescente, sem possibilidade de transferência para terceiros ou entidades governamentais ou não-governamentais. A assunção da *guarda* ou *tutela* da criança ou do adolescente por família substituta é um encargo, que implica a responsabilidade do encarregado, sob compromisso de fielmente desempenhá-lo, mediante termo aos autos. A *guarda* obriga à prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo a seu detentor o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais. A tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica, necessariamente, o dever de guarda.

144. Cf. A. S. Neill, *Liberdade sem Medo*, 29ª ed., p. 57.

145. Idem, p. 60.

146. Idem, p. 59.

147. Idem, p. 60.

148. *Liberdade sem Medo*, 29ª ed., p. 104.

149. A. S. Neill, *Liberdade, Escola, Amor e Juventude*, 3ª ed., pp. 160 e 165.



**10. ADOÇÃO.** Esta também é forma de colocação da criança e do adolescente em família substituta, e será assistida pelo Poder Público; defere-se somente por sentença judicial transitada em julgado. É o único modo admissível de colocação em família substituta estrangeira que a Constituição autoriza, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos, deveres e qualificações, inclusive sucessórios, proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação, ficando o adotado desligado de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. A lei que regulava a adoção era o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, arts. 39-52). Agora a matéria é totalmente regulada no Código Civil/2002. Não há muita diferença. Não nos parece que, no aspecto, se dá a relação lei especial e lei geral, pois no referente à adoção não existe especialidade. O tratamento jurídico é um só; pode apenas haver algum pormenor a mais em uma ou outra lei. Por isso entendemos que as normas do Código Civil sobre adoção derogam as do Estatuto, salvo alguma regra deste que não tenha sido contemplada naquele – como, por exemplo, a exigência do art. 46 do ECA, que estatui que a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, assim como as regras para a adoção por estrangeiro (arts. 31, 51 e 52), que o próprio Código manda obedecer aos casos e condições que forem estabelecidos em lei (art. 1.629).

**11. FILHOS HAVIDOS OU NÃO DA RELAÇÃO DO CASAMENTO.** Diz o § 6º do art. 227 da CF que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, [supra] terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Como tantas outras normas progressistas da Constituição, esta é uma regra construída pela Comissão Afonso Arinos – construção que ajudamos a fazer. O Anteprojeto dessa Comissão, no art. 263, § 1º, dizia que os filhos havidos dentro ou fora do casamento terão iguais direitos e qualificações. Vale dizer: é proibido falar em *filho legítimo*, ou *filho ilegítimo*, ou *filho natural*, ou mesmo em *filho adotado*. E os mesmos direitos incluem os sucessórios. Lembre-se que essa regra se aplica aos filhos havidos dentro ou fora das uniões estáveis.

**12. AMPARO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA.** Essa proteção entrou no direito constitucional por via da Emenda Constitucional

12/1978 à Constituição de 1969, por proposta do senador Tales Ramalho, que se tornara deficiente físico em consequência de acidente automobilístico – com o quê sentiu as dificuldades e discriminações por que passam os portadores de deficiência. A Constituição vigente preocupou-se com a questão, tanto que em quatro oportunidades dispôs sobre ela: duas vezes no art. 203 (incisos IV e V); duas vezes no artigo em comentário (art. 227, § 1º, II, e § 2º). No art. 203 se estabelece que entre os objetivos da assistência social está o da habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, assim como o de lhes garantir um salário mínimo de benefício mensal quando não dispunham de meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. O art. 227, § 1º, II, prevê – como nele se lê – a criação pelo Estado de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. As normas desse inciso dirigem-se especificamente à criança e ao adolescente portadores de deficiência. O § 2º do mesmo artigo determina, por seu lado, que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. Esta já é uma disposição de caráter geral, destinada a todos os portadores de deficiência. Por isso ela está deslocada como parágrafo de um artigo que estatui sobre os direitos da criança e do adolescente. Na verdade, todas essas disposições sobre os portadores de deficiência deveriam ter sido reunidas em um único artigo, que poderia estar inserido no capítulo da assistência social. Seja como for, elas prevêm ações afirmativas em favor dessas pessoas. Não são normas programáticas. São normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Isso não significa que uma lei estatuinte sobre a concretização desses direitos na vida prática seja desnecessária. Não o é – e aí está a Lei 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio a todas as pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, institui a Coordenadora Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE e a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, assim como disciplina a atuação do Ministério Público e define crimes perli-

gentes ao tema. Estabelece a lei normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência e sua efetiva integração social, assim como normas que visam a garantir a essas pessoas as ações governamentais necessárias ao cumprimento das disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos, entendida a matéria como obrigação nacional do Poder Público e da sociedade, a que cabe assegurar a plenitude dos direitos individuais, sociais e políticos das referidas pessoas. É importante observar que a própria lei estatui que na sua interpretação e aplicação serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de Direito; e define os direitos concretamente reconhecidos nas áreas da educação, saúde, formação profissional, trabalho, recursos humanos e das edificações, incluindo nestas a adoção e a efetiva execução de normas que garantam sua funcionalidade e a das vias públicas, de modo a evitar ou remover os óbices àquelas pessoas no que tange ao acesso a edifícios, logradouros e meios de transportes. E, para conferir meios eficazes ao gozo desses direitos, as ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência, que podem ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Distrito Federal e Município, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia ou associação constituída há mais de um ano que inclua,

entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência. É de lembrar também a Lei 10.098/2000, que justamente estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências (v. art. 244).

Enfim, as normas constitucionais e legais oferecem amparo suficiente às pessoas portadoras de deficiência, bastando que sejam efetivadas na prática.

**13. RECONHECIMENTO DE DIREITOS E REALIDADE.** Tudo isso mostra que os direitos humanos da criança e do adolescente estão formalmente muito bem assegurados. Têm eles 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 24 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 80 Dólares mensais. 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 todo instante morre uma criança de inanção. 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.

## ART. 228

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

1. Inimputabilidade penal. Referência contextual. 2. Legislação especial.

**1. INIMPUTABILIDADE PENAL. REFERÊNCIA CONTEXTUAL.** Este artigo limita-se a constitucionalizar, *ipsis litteris*, o disposto no art. 27 do CP. *Inimputabilidade penal* é a condição de saúde e de idade da pessoa que lhe confere entendimento suficiente para compreender que sua conduta pode ser, ou não, delituosa. A inimputabilidade consiste, pois, na ausência presumida desse entendimento. Essa presunção pode ser *juris tantum* (relativa) – que deve ser provada – ou *juris et de jure* (absoluta) – que não admite prova em contrário. Assim é que o doente

mental só pode ser declarado inimputável se no momento da prática do ato definido como crime ficar provado que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. Mas quando aos menores de 18 anos a lei penal – e agora a própria Constituição – os tem como inimputáveis, militando, pois, a favor deles uma presunção absoluta de incapacidade para entender a ilicitude de sua conduta ou determinar-se segundo esse entendimento. Concordamos com René Ariel Dotti quando concebe a inimputabilidade como “uma das garantias fundamen-

tais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos direitos individuais inerentes à relação do art. 5º, caracterizando, assim, uma cláusula pétrea. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade – 16 anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do art. 60 da CF.<sup>150</sup>

[Jurisprudência – “Considera-se penalmente responsável o agente que pratica a infração no preciso dia em que completa seu 18º aniversário” (JTA-CrimSP 67/485).

“É de se anular *ab initio* o processo movido contra inimputável penal, por ser menor de 18 anos de idade ao tempo do fato” (RT 515/348).

“A prova da menoridade deve ser feita mediante certidão do termo do Registro Civil. O fato de este ter sido lavrado anos após a data do nascimento não pode, por si só, infirmar a prova feita” (RT 549/4300 – in Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal Objetivo, Breves Comentários ao Código Penal*, p. 67).]

**2. LEGISLAÇÃO ESPECIAL.** Os menores de 18 anos, por inimputáveis, ficam sujeitos à legislação especial, e não ao Código Penal, porque não praticam crimes; mas podem praticar condutas definidas como crimes ou contravenção, que a própria Constituição denomina *atos infracionais* (art. 227, § 3º, IV). O Estatuto da Criança e do Adolescente é que é a *lei especial* mencionada no artigo em comentário. Ele disciplina os atos infracionais no Título III, com a indicação das medidas sócio-educativas pertinentes.

## ART. 229

**Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.**

1. Dever dos pais. 2. Dever dos filhos.

**1. DEVER DOS PAIS.** Aí está que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos. Significa – como diz o Estatuto (arts. 22 e 23) – que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, notando-se que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar, e, não havendo outro motivo que por si só autorize a medida, a criança ou adolescente se-

rão mantidos em sua família de origem, que deverá ser obrigatoriamente incluída em programas oficiais de auxílio – como, aliás, prevê o art. 227, § 3º, VII.

**2. DEVER DOS FILHOS.** Os filhos maiores têm o dever de ajudar os pais e ampará-los na velhice, carência ou enfermidade. A fonte da norma é também o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, que dizia, sinteticamente, que “aos deveres dos pais para com os filhos correspondem os deveres dos filhos para com os pais”.

## ART. 230

**Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.**

§ 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

1. Tutela dos idosos. 2. Política nacional do idoso. 3. Estatuto do idoso.

**1. TUTELA DOS IDOSOS.** Os idosos não foram esquecidos pelo constituinte. Ao contrário, vários dispositivos mencionam a *velhice* como objeto de direitos específicos, como do direito previdenciário (art. 201, I) e do direito assistencial (art. 203, I). Mas há dois dispositivos que merecem referência especial, porque o objeto de consideração é a pessoa em sua *terceira idade*.

Assim é que o art. 230 estatui que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as *pessoas idosas*, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida”, de preferência mediante programas executados no recesso do lar, garantindo-se, ainda, o benefício de um salário mínimo mensal “ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, V), e aos maiores de 65 anos, independentemente de condição social, é garantida a gratuidade dos transportes urbanos.

**2. POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO.** A Lei 8.842, de 4.1.1994, que dispôs sobre a política nacional do idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso, considera *idoso*, para seus efeitos, a pessoa maior de 60 anos de idade. Segundo seu art. 1º, a política do idoso tem por objetivo assegurar seus direitos sociais, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Traça ela os princípios e diretrizes da política do idoso, a organização e gestão dessa política, que incumbe ao Ministério responsável pela assistência e promoção social, e ainda estabelece as ações governamentais necessárias à implementação dessa política.

**3. ESTATUTO DO IDOSO.** Com o intuito de dar eficácia às normas desse art. 230, foi promulgada a Lei 10.741, de 1º.10.2003, instituindo o “Estatuto do Idoso”. Não cabe aqui senão referências sintéticas ao conteúdo desse Estatuto, que se destina a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Isso significa que o Estatuto considera “idoso” a pessoa que atingiu essa idade, embora o § 2º do artigo em comentário confira o direito ali previsto aos maiores de sessenta e cinco anos. O art. 2º do Estatuto declara que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que ele trata. O gozo desses direitos, aqui reconhecidos, já decorre da própria Constituição, mas o Estatuto os especifica, porque há peculiaridades que não seriam reconhecidas sem essa especificação. Declara

(art. 3º), em favor dos idosos, aqueles mesmos direitos e garantias que o art. 227 da Constituição, reconhece à criança e aos adolescentes. Não é necessário repeti-los aqui, porque basta ler aquele dispositivo e os comentários a ele feitos para se ter igual tratamento em relação ao idoso. Mas o art. 3º do Estatuto tem, a mais, a especificação das prioridades garantidas ao idoso, tais como I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos bio-psicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais (art. 3º, parágrafo único).

O envelhecimento é concebido como um direito personalíssimo e sua proteção um direito social (art. 8º). Se o envelhecimento é um direito, só pode ser personalíssimo, sem necessidade de dizê-lo, pois essa é uma característica de todo direito individual, intransferível e inalienável – e como poderia o direito ao envelhecimento ser diferente? O Título II da lei traz a declaração dos direitos fundamentais do idoso: direito à vida, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito aos alimentos, à saúde, à educação, cultura, esporte e lazer, em conformidade com a peculiar condição de sua idade; direito à profissionalização e ao trabalho, respeitada sua condição física, intelectual e psíquica, previdência e assistência social; direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar ou, em instituição pública ou privada. Aos maiores de 65 anos é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos (é justo lembrar que esse direito do idoso ao transporte gratuito nasceu na Prefeitura de São Paulo por obra do então Prefeito Mário Covas, numa reunião em que esteve presente o autor destes comentários). Diver-