

O ATO DE BRINCAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA

THE ACT OF PLAY AS FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE CHILDREN

*Marcos César BOTELHO**

*Elimei Paleari Do Amaral CAMARGO***

*Nilzelene Vidal Pinto BUENO****

*Elenrose Paleari do Amaral CAMARGO*****

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos Fundamentais; 1.1 Conceito; 1.2 Características; 1.3 Direitos de defesa e de prestação; 2. A proteção jurídica à criança; 2.1 Conceito de criança; 2.2 Tratamento constitucional; 2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente; 3. O brincar enquanto direito fundamental; 3.1 Significado de brincar e seu papel no desenvolvimento da criança; 3.2 O direito de brincar; Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata do ato de brincar enquanto parte essencial da formação física, psicológica, moral e social da criança, analisando como o brincar figura como direito fundamental da criança, exigindo do Estado e sociedade medidas adequadas de respeito, proteção, garantia e satisfação deste direito em consonância com preceitos constitucionais e com o princípio da proteção integral à criança adotada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: The present article deal with the act of play as essencial part of the physique, psychological, moral and social formation of the children, analyzing the manner as the play act figure in fundamental right of the children, demanding from the State and society adequate measures of respect, protection, guarantee and satisfaction of this right in consonant with constitutional laws and with the full protection principle present in Statute of the Children and of the Teenager.

* Advogado da União. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. Professor Titular no curso de Direito nas Faculdades Integradas de Jaú/SP.

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia - UNIR

*** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Didática do Ensino Superior pela FACIMED – Faculdade de Ciências Biomédicas de Cacoal/RO.

**** Graduação em Fisioterapia pela Universidade do Sagrado Coração (USC/Bauru). Fisioterapeuta da Associação dos Aposentados e Pensionistas de Jaú e região. Artigo submetido em 06/12/2011. Aprovado em 12/12/2011.

PALAVRAS-CHAVE: brincar; criança; direito; fundamental

KEYWORDS: play; children; right; fundamental

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 5 de outubro de 1988 considerou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, considerando, ainda, o bem de todos como um de seus objetivos básicos, além da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais.

Sobre esses princípios e objetivos fundamentais repousa o artigo 227 da Carta Maior, o qual atribui à família, a sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O brincar é reconhecido como parte da infância, o que leva a uma relação estreita entre as palavras “brinquedo” e “criança” (PONTES; MAGALHÃES, 2003, p. 117). Isso revela que o ato de brincar possibilita à criança desenvolver habilidades relacionadas ao relacionamento social com adultos e outras crianças.

Essa nota socializadora do ato de brincar liga-se intimamente com a convivência familiar e comunitária positivada no artigo 227 como um dos direitos que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança. Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece à criança o direito de brincar.

Contudo, diversos fatores podem obstaculizar o exercício do direito de brincar. Fatores de ordem econômica, social e política contribuem para a falta de efetividade do direito fundamental da criança de brincar, ocasionando problemas de socialização.

O presente artigo visa discutir a importância do ato de brincar da criança, buscando verificar alguns fatores econômicos, sociais e políticos que afrontam esse direito e os possíveis caminhos para tornar efetiva a proteção à criança.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratarmos sobre o direito de brincar da criança, se fazem necessárias algumas considerações acerca dos direitos fundamentais, a fim de que possamos situar o brincar como um direito fundamental.

O tratamento do tema, porém, para os fins do presente artigo será feito abordando-se o conceito de direitos fundamentais e suas características, o que nos possibilitará situar o direito de brincar como um direito desta natureza.

1.1 Conceito

A expressão “direitos fundamentais” é de origem francesa (*droit fondamentaux*), surgindo por volta de 1770 no movimento que culminou com a Revolução Francesa (DEL NEGRI, 2009, p. 332).

Cuidam-se de direitos que buscam criar e manter aqueles pressupostos basilares de uma vida com liberdade e dignidade, embora em uma acepção restrita, os direitos fundamentais podem ser entendidos como “[...] *aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.*” (BONAVIDES, 2005, p. 560)

De qualquer maneira a expressão aponta para a posição de tais direitos como o fundamento, a base de algo, conferindo sustentação, além de figurar como ponto de partida para outras ações. Assim é que a expressão “direitos fundamentais” refere-se a normas que estão situadas no fundamento do ordenamento jurídico, conferindo direitos e deveres aos cidadãos, promovendo o respeito à dignidade da pessoa humana, funcionando, ainda, como princípios de interpretação da ordem jurídica estabelecida.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 143) asseveraram que “*Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões*”. A outro prisma, Humberto Nogueira Alcalá (2003, p. 16) entende que os direitos fundamentais são derivados da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais têm íntima ligação com a ideia de dignidade da pessoa humana¹, independente se entenda que a finalidade de tais direitos é a garantia e proteção da dignidade humana ou se esta figura como fonte de onde derivam aqueles direitos. Segundo Nunes Júnior (2009, p. 110-111) a dignidade da pessoa humana tem relação com a autodeterminação, integrando o núcleo de qualquer direito voltado à proteção do ser humano; de outro lado, Nunes Júnior (2009, p. 112) adverte que a noção de dignidade não pode referir-se apenas à autodeterminação, “[...] *pois por ser valor absoluto, que não deve ser mitigado frente a outros interesses, a dignidade deve ser preservada também por ação positiva, quer frente ao Estado, quer frente a particulares.*”

Em julgamento de *habeas corpus*, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão da relatoria do Ministro Gilmar Mendes afirmou que:

Na sua acepção originária, este princípio [dignidade da pessoa humana] proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações².

Para Jorge Miranda (2008, p. 9), os direitos fundamentais são direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas individualmente ou institucionalmente con-

¹ Conferir decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 21, 362).

² STF, HC 82.969-4/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 30.09.2033, DJ 17.10.2003. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 379) “Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade.”

sideradas, e que estejam presentes tanto na Constituição formal quanto na material.³ Ademais, os direitos fundamentais não poderão existir sem o Estado ou uma comunidade política integrada ou em sociedades nas quais não haja o reconhecimento de uma esfera inerente às pessoas.⁴

Este fato torna clara a dimensão institucional dos direitos fundamentais, na medida em que eles se traduzem nas diretrizes e orientações à atuação estatal (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 143). Em outras palavras, o reconhecimento de direitos fundamentais pressupõe um ente estatal que atue, não apenas declarando tais direitos, mas principalmente na busca de medidas necessárias à sua concretização.⁵

Ao ligar-se à proteção da dignidade humana, os direitos fundamentais formam o substrato sob o qual toda a atividade estatal e social deve caminhar, funcionando como princípios, diretrizes e metas que uma sociedade dita democrática deve buscar.

Isto se exprime através de uma relação de reciprocidade que deve haver entre o espaço público e a esfera privada, não sendo possível a concretização de direitos fundamentais onde espaço público e privado estejam dissociados ou mesmo em posição antagônica.⁶ Essa reciprocidade entre autonomia pública e privada tem um efeito imunizador contra possíveis ações antidemocráticas por parte de grupos interessados no controle dos instrumentos de poder, afastando o perigo da “responsabilidade” pela escolha do pré-selecionado.⁷

Os direitos fundamentais, portanto, estabelecem instrumento de valorização da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que estabelecem mecanismos de imunização contra fatores econômicos, jurídicos, políticos, religiosos e morais capazes de mitigar a condição humana.

1.2 Características

Segundo Rodolfo Arango (2005, p. 31) os direitos fundamentais são di-

³ No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 89): “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).”

⁴ Habermas aponta para a relação que há entre a soberania popular e direitos humanos, entendendo que há uma pressuposição recíproca entre eles. Neste sentido, conferir: BOTELHO, 2010, p. 163-170.

⁵ É o que asseveraram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 143): “Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos.”

⁶ “[...] um povo elemento pluralista significa que se prestigia uma autonomia privada, garantidora do pluralismo e, portanto, das diferenças éticas, históricas e religiosas, bem como a autonomia pública.” (BOTELHO, 2010, p. 165-166)

⁷ Zygmunt Bauman (2011, p. 150) advertiu na sociedade líquida moderna, os ganhos efêmeros trazem consigo escolhas igualmente fugazes e que não são livres. Em outras palavras, Bauman quer mostrar que os sistemas de dominação, em especial aqueles que procuram promover uma vida de consumo, pré-selecionam as opções dentre as quais o indivíduo deverá (é sua responsabilidade) escolher. Logo, ser livre é escolher dentre as opções pré-selecionadas. Slavoj Žižek (2011, p. 34), a seu turno, entende que a aceitação de um sistema, sem qualquer questionamento, pressupõe um combate às expectativas utópicas ilusórias com segurança suficiente para que o povo aceite tal sistema.

reitos subjetivos que possuem um elevado grau de importância, o que leva à conclusão de que eles são compostos de duas características, a saber, direito subjetivo e importância.

Araújo e Nunes Júnior (2011, p. 150) lembram que os direitos fundamentais por constituírem uma categoria jurídica, trazem consigo um rol de características aptos a conferir um traço unificador destes direitos. Para estes autores, as características intrínsecas de um direito fundamental são a historicidade, a autogeneratividade, universalidade, limitabilidade dos direitos fundamentais, irrenunciabilidade e concorrência. Como características extrínsecas, Araújo e Nunes Júnior entendem ser a rigidez constitucional, direitos e garantias individuais positivados em cláusulas pétreas e indicação de aplicabilidade imediata de seus preceitos.

Para o presente estudo nos interessam três características acima apontadas: direito subjetivo, irrenunciabilidade e indicação de aplicabilidade imediata de seus preceitos.

Ao considerarmos os direitos fundamentais como direito subjetivo, surge a necessidade de considerá-lo à luz de alguns elementos componentes da ideia de direito subjetivo. Segundo Arango (2005, p. 32), não existe nenhum direito fundamental que não seja ao mesmo tempo um direito subjetivo.⁸

Isto significa que os direitos fundamentais possuem uma relação necessária com ao menos uma norma jurídica, uma obrigação jurídica e uma posição jurídica (ARANGO, 2005, p. 32). Lembra Maria Helena Diniz (2011, p. 266), com suporte na teoria mista de Jellinek, o direito subjetivo pode ser definido como “[...] o poder da vontade reconhecido e protegido pela ordem jurídica, tendo por objeto um bem ou interesse.”

Logo, o direito subjetivo expressa uma permissão que o indivíduo tem de agir (posição jurídica), que é feita através de uma norma jurídica e a obrigação de terceiros de respeitar essa posição jurídica.

A positivação da norma de direito fundamental possibilita ao seu destinatário o gozo de faculdades inerentes a uma posição jurídica que lhe é conferida pela norma, possibilitando-lhe, inclusive, recorrer ao Poder Judiciário visando à proteção deste direito subjetivo contra ameaças de terceiros.

Estas posições jurídicas referem-se às pessoas, retiradas do âmbito de disposição dos poderes constituídos (SARLET, 2008, p. 89), sendo, por este motivo, dotadas de uma importância que é expressa através dos conceitos de fundamentalidade formal e material.⁹

⁸ Adverte Cristina Queiroz (2009, p. 365) que os direitos fundamentais possuem uma dupla natureza, já que eles “[...] garantem não apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito.”

⁹ Segundo Araújo e Nunes Júnior (2011, p. 143) “Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).”

A irrenunciabilidade está ligada ao fato de que os direitos fundamentais são intrínsecos ao ser humano (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 156). A outro prisma, a irrenunciabilidade tem relação com a ideia de um patamar mínimo de proteção, que sendo inerente à sua condição humana, não está dentro de seu poder de renúncia. Em outras palavras, não é possível nem ao próprio indivíduo renunciar seus direitos fundamentais.

Conforme percuciente observação de Nunes Júnior (2009, p. 39) “[...] a possibilidade de renúncia negaria a *ratio essendi*, a natureza de tais direitos”, entendendo que a aceitação da possibilidade da renúncia resultaria na própria negação da fundamentalidade do direito fundamental. Ao ser assegurado a todos, sem qualquer distinção, os direitos fundamentais se põem em uma posição da qual a ninguém é facultado abrir mão, renunciando tais direitos (ALKMIM, 2009, p. 312). Ou, nas palavras, de Marcelo Alkmim (2009, p. 312), “[...] os direitos fundamentais podem até não ser exercitados adequadamente, mas ninguém pode renunciar à possibilidade de exercê-los.”¹⁰

A indicação de aplicabilidade imediata de seus preceitos (ou aplicabilidade direta) é característica essencial dos direitos fundamentais. Significa que não há necessidade de qualquer norma regulamentadora para que os direitos fundamentais sejam exercidos (ALKMIM, 2009, p. 320).

Com a aplicabilidade direta reconhece-se que os direitos fundamentais possuem densidade normativa suficiente para incidir sobre as relações que disciplina, não havendo a necessidade de qualquer mediação legislativa (QUEIROZ, 2009, p. 366).

No ordenamento constitucional esta previsão encontra-se no § 1º do artigo 5º, que prescreve terem as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata. Preceitua Sarlet (2008, p. 292-293) que a aplicabilidade direta tem o postulado da máxima eficácia possível subjacente, não significando, contudo, que a aplicabilidade imediata não indica de que forma ela se dará e quais os diversos efeitos jurídicos inerentes. Alexandre de Moraes (1998, p. 42) advertiu que em regra as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, havendo, contudo, previsões no texto constitucional da necessidade de ulterior legislação para conferir densidade normativa suficiente para incidência da norma de direito fundamental.

André Ramos Tavares (2010, p. 524) entende que o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal comporta uma interpretação restritiva, afastando uma leitura literal da redação do supracitado parágrafo, que levaria à conclusão de que todos os direitos fundamentais são, em sua totalidade, dotados de densidade normativa suficiente para a sua incidência. No entender de Tavares, a menção na

¹⁰ Conferir a decisão do STF, HC 102.019, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17.8.2010, *DJE* de 22-10-2010: “A defesa técnica é aquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, constituindo direito indisponível e irrenunciável.” Segundo Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 232), “A inalienabilidade traz uma consequência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.”

redação a expressão “normas definidoras” fundamenta esse entendimento, não sendo possível, portanto, pretender uma aplicabilidade imediata de direitos não definidos adequadamente, “[...] cuja hipótese de incidência ou estrutura ficam claramente a depender de integração por meio de lei.” (TAVARES, 2010, p. 524)

1.3 Direitos de defesa e de prestação

É corrente na doutrina que os direitos civis, individuais e políticos se traduzem em direitos de defesa perante o Estado, implicando em “direitos negativos” já que exigem uma postura de abstenção por parte do ente estatal (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 148)¹¹. Significa que os direitos individuais são prestigiados, resultando na imposição de limites à atuação do Estado que, a outro prisma, passa a ter o dever de abstenção visando o respeito e garantia dos direitos civis, individuais e políticos (ALKMIM, 2009, p. 316).

Esse dever de abstenção, de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo tem como desiderato evitar que o Estado tenha ingerências indevidas em bens protegidos, além de servirem de fundamento para uma eventual pretensão de reparo pelas ofensas que eventualmente ocorrerem (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 246).

A outro vértice, os direitos de prestação não se referem ao *status quo* do indivíduo, atingindo aquelas situações que exigem medidas positivas do Estado com vistas à mitigação das desigualdades (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 247). Daí serem os direitos fundamentais de segunda geração “[...] aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais.” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 149).

Desta maneira, o conteúdo dos direitos fundamentais de segunda geração consiste em uma ação do Estado com vistas a promover e efetivar direitos denominados sociais (GUASTINI, 2001, p. 223).

Rompendo, contudo, com essa classificação tradicional, Víctor Abramovich e Christian Courtis (2002, p. 31) propõem uma divisão que aborda as obrigações resultantes dos direitos fundamentais. Segundo os autores os níveis de obrigação estatal estarão caracterizados no interior de cada direito, independentemente de se analisá-los no âmbito dos direitos civis e políticos ou direitos econômicos, sociais e culturais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 28).

No entender de Abramovich e Courtis não é possível separar os direitos de primeira dimensão e os de segunda dimensão tão-somente com base na distinção entre os direitos de defesa e de prestação. Lembrem, por exemplo, que as obrigações negativas do Estado com relação à liberdade de comércio não se sustentam se não estiverem ligadas a medidas positivas de manutenção das instituições políticas, judiciais, de segurança e defesa, que possibilitem o exercício daquela liberdade individual (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 23).

¹¹ “Já se observou que os primeiros direitos surgidos foram os de caráter negativo, atrelados ao ideário que movimentava o Estado essencialmente liberal.” (TAVARES, 2010, p. 495)

Neste contexto, “[...] a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas da parte do Estado.” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 24)¹². Da mesma maneira, no que tange aos direitos civis, individuais e políticos, ligá-los apenas a um dever de abstenção do Estado não tem sentido algum, sobretudo porque o dever de proteção através da abstenção exige do Estado medidas positivas visando prevenir ofensas aos direitos individuais por outros entes públicos ou privados (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 28).

Diante deste quadro, Abramovich e Courtis (2002, p. 31) propõe considerar os direitos fundamentais de primeira e segunda geração sob a ótica de três níveis de obrigações, a saber, obrigações de respeito, que definem o dever do Estado de não obstaculizar ou impedir o gozo de direitos, obrigações de proteção, na qual cabe ao Estado impedir que terceiros venham a exercer ingerência indevida ou obstaculizem o acesso aos bens objeto do direito, e as obrigações de satisfação, que envolvem a necessidade de medidas que assegurem ao titular do direito exercê-lo *per si* e de promoção com vistas a desenvolver condições para que os titulares de direitos possam exercê-lo.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA À CRIANÇA

No presente tópico serão abordadas questões referentes ao conjunto de normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico brasileiro referentes à proteção à criança.

Para tanto, o primeiro passo é compreender qual o conceito jurídico de criança, tendo em vista que a proteção constitucional e infraconstitucional somente será concretizada em função de medidas que sejam adequadas ao conceito de criança adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Delimitado o conceito jurídico de criança, o passo seguinte é analisar o tratamento constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente com respeito à proteção da criança.

2.1 Conceito de criança

O estabelecimento do conceito jurídico de criança é de fundamental importância para o presente estudo, já que ele diz respeito ao programa da norma, a saber, os dados lingüísticos do texto normativo e que não se confundem com o âmbito da norma, que se refere à porção da realidade social em sua estrutura básica (SILVA, 2009, p. 87)¹³. A outro espeque, o programa da norma efetua um recorte na totalidade dos dados, destacando aqueles que serão efetivamente atingidos pela prescrição normativa (MÜLLER, 2009, p. 228).

¹² “[...] la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado.”

¹³ Segundo Friedrich Müller (2008, p. 262), “O âmbito normativo fornece ao programa normativo alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram. O programa normativo seleciona as abordagens da análise do âmbito normativo.”

Assim, primeira questão a ser analisada é se os vocábulos “infância” e “criança” são sinônimos ou não. Segundo Henri Wallon (1981, p. 27), “*A criança não sabe senão viver a sua infância. Conhecê-la pertence ao adulto*”, apontando para uma possível distinção entre os termos, deixando ao primeiro a ideia relacionada à pessoa, enquanto o último termo aponta para uma condição ou fase temporal.

Khulmann Jr. afirmou que a infância possui um significado genérico definido em função das transformações sociais, ligadas aos sistemas de classes de idade e aos papéis sociais atribuídos (*apud* FROTA, 2007, p. 150). Em razão disso, “[...] a infância muda com o tempo e com os diferentes contextos sociais, econômicos, geográficos, e até mesmo com as peculiaridades individuais.” (FROTA, 2007, p. 151)

No âmbito da sociologia da infância propõe-se uma distinção analítica entre crianças e infância (SARMENTO, 2009, p. 22). Assim, tem-se que as crianças são compreendidas como atores sociais, enquanto que a infância é vista como uma categoria social do tipo geracional (SARMENTO, 2009, p. 22).

Kohan (2009, p. 40) alude à etimologia da palavra infância, lembrando que o vocábulo está ligado às normas e ao direito, especificamente ao campo da *res publica*, já que o termo *infans* expressa um indivíduo de pouca idade, incapaz de falar, embora o termo aluda, também, a criança com idade mais avançada daquelas que não falam.¹⁴

No âmbito do Direito Internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 assevera que a criança é todo o ser humano menor de 18 anos de idade, o que mostra que a preocupação é atrelar o termo à pessoa e a um critério cronológico. O dispositivo, ainda, excetua os casos em que a maioridade for alcançada antes, em conformidade com legislações nacionais.¹⁵

Portanto, será criança o ser humano que não alcançou a maioridade ou que seja menor de 18 anos, não se podendo atrelar o conceito da Convenção apenas a maioridade. Contudo, aqui há um problema: o texto da Convenção não deixa claro se a maioridade refere-se à penal ou a civil, pois, enquanto este diz respeito aos direitos da personalidade e, portanto, a capacidade para prática de atos na vida civil, aquela se refere à imputabilidade penal, não havendo a necessidade de coincidência entre as idades.

No direito brasileiro, todavia, se prevê que a maioria civil se atinge com 18 anos de idade, a mesma idade prevista para fins de maioridade penal.¹⁶ Desta forma, com fundamento na Convenção sobre os Direitos da Criança poderíamos considerar que criança é toda a pessoa menor de 18 anos de idade, já que a Cons-

¹⁴ Segundo Walter Omar Kohan (2009, p. 41) “Percebemos então que a etimologia latina da palavra “infância” reúne as crianças aos não habilitados, aos incapazes, aos deficientes, ou seja, a toda uma série de categorias que encaixadas na perspectiva do que elas ‘não têm’ são excluídas da ordem social.”

¹⁵ Artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) prescreve, *in verbis*: “Para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

¹⁶ Conferir: Constituição Federal, artigo 228; Código Civil, artigo 5º; Código Penal, artigo 27.

tituição Federal não traz qualquer conceituação.¹⁷

Porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 prescreve no artigo 2º que criança, para os efeitos desta Lei, consiste na pessoa até doze anos de idade.¹⁸

Não se pode deixar de considerar que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi incorporada em nosso ordenamento jurídico em data posterior à publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo um conceito mais amplo de criança do que aquele adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Superior Tribunal de Justiça em julgado manifestou-se no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz distinção entre criança e adolescente, havendo consequências jurídicas específicas desta distinção, como, por exemplo, a existência de garantias processuais apenas aos maiores de 12 anos (ECA, art. 110), já que para as crianças há que se falar tão-somente em medidas de proteção.¹⁹

Segundo Consta do Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil (1998, p. 21), as crianças têm uma natureza peculiar que as caracteriza enquanto seres humanos que têm sentimentos e pensam o mundo a sua volta de uma maneira muito própria. Com isso, a proteção às crianças passa pela consideração de suas peculiaridades e necessidades que não podem ser confundidas com aquelas características e necessidades próprias da adolescência.

Uma hermenêutica que prestigie a máxima efetividade dos direitos fundamentais não pode fechar os olhos às diferenças que existem entre crianças e adolescentes, reconhecidas pelas ciências culturais, impondo que os conceitos de criança presentes na Convenção sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente sejam compreendidos dentro desta realidade. Logo, não há que se falar em revogação do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Convenção sobre os Direitos da Criança, impondo, na verdade, uma interpretação integradora dos conceitos.

Tecidas tais considerações, conclui-se que criança é a pessoa com até 12 anos de idade, sendo sujeito social e histórico, detentora de direitos, marcadas por uma peculiar forma de pensar o mundo à sua volta, de compleição física e formação psíquica frágil, cuja condição de vulnerabilidade exige medidas de proteção e cuidados especiais, inclusive no que tange a proteção jurídica adequada.

¹⁷ A Convenção sobre os Direitos das Crianças foi aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

¹⁸ Artigo 2º do ECA, *in verbis*: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.” Segundo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “O art. 5º do Novo Código Civil, que reduziu para 18 anos a maioria civil, não revogou os arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, da Lei 8.069/90, eis que o ECA é lei especial, a qual prevalece sobre a geral. Dessa forma, o limite para a cessação compulsória de medida sócio-educativa aplicada ao menor infrator continua sendo a idade de 21 anos.” (STJ, HC 31540/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, julgamento 09.03.2004, DJ 17.05.2004). Esta decisão do STJ, contudo, nada afeta o conceito de criança, já que se refere especificamente a faixa etária superior a 18 anos de idade.

¹⁹ STJ, RHC 3547/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgamento 09.05.1994, DJ 30.05.1994.

2.2 Tratamento constitucional

A Constituição Federal elencou a proteção à infância como direito social, ao inseri-la no catálogo de direitos fundamentais, conforme consta da redação do artigo 6º da Carta Magna.²⁰ Com isso, o legislador constituinte buscou prestigiar a dignidade da criança, já que ao conferir o *status* de direito social fundamental à proteção à infância, acabou por impor a obrigação ao Poder Público, sociedade e família de implementarem medidas adequadas à concretização deste direito social. Segundo Tepedino (2008, p. 865), “A Constituição de 1988 modificou inteiramente o panorama do direito infante-juvenil.” Alessandra Bontempo (2008, p. 834) por seu turno, afirmou que:

No tocante ao âmbito interno, a mudança de paradigma da *criança/ser inferior* para a *criança/sujeito de Direito* ocorre somente com a Constituição de 1988 e a adoção do Estatuto das Crianças e Adolescentes – ECA (Lei nº 8.069/90).

É importante destacar que a criança enquanto ser humano é sujeito de direitos, razão por que figura ele como titular dos direitos fundamentais individuais e sociais previstos no catálogo positivado na Constituição Federal. Todavia, a alusão à proteção à infância como direito social mostra o reconhecimento do legislador constituinte das peculiaridades e da vulnerabilidade específica dos destinatários deste direito social (TEPEDINO, 2008, p. 865), a saber, às crianças (FIGUEIREDO, 2006, p. 309).

Além do direito subjetivo da criança à proteção de sua infância, a norma plasmada no artigo 6º impõe deveres ao Poder Público, sociedade e família, aos quais compete assegurar à criança, com absoluta prioridade os direitos elencados no *caput* do artigo 227, *in verbis*:

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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Lembra Tepedino (2008, p. 868) que a Carta Fundamental de 1988 representou a positivação de conquistas sociais e existenciais em consonância com a noção de respeito aos direitos fundamentais nas relações interpessoais, sendo que o artigo 227 da Constituição adotou a doutrina da proteção integral da criança.

²⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Sendo a proteção à infância um direito social, ele traz obrigações que abarcam o dever de respeito, de proteção e satisfação (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 31), tornando patente que Estado, sociedade e família devem evitar ingerências indevidas capazes de impedir o acesso das crianças ao gozo pleno dos direitos fundamentais; mas não apenas isso: impõe o dever de empreender medidas que protejam que terceiros venham a impedir o exercício de tais direitos, além de implementar ações que visem desenvolver condições para que os direitos fundamentais sejam plenamente exercitados pelas crianças.

Em decisão monocrática proferida, a Ministra Cármen Lúcia asseverou que “*a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes – no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhe foram legalmente atribuídas.*”²¹ Em outra decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello trouxe importante entendimento:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* (...). (...) o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello)²².

E continua:

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o STF (...). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de

²¹ STF, AI 583.136/SC, Decisão monocrática, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE nº 223, 21.11.2008.

²² STF, RE 482.611/SC, Decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07.04.2010.

discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial

Finalmente, destaque-se, ainda, a Convenção sobre os Direitos da Criança que por força do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal pertencem ao bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2006, p. 55), sendo normas materialmente constitucionais, embora não gozem do status de norma formalmente constitucional em razão de não terem sido aprovadas na forma prevista no § 3º do mesmo dispositivo.²³

2.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente contribuiu para sedimentar o novel panorama do direito infanto-juvenil estabelecido a partir da Carta Fundamental de 1988 (TEPEDINO, 2008, p. 865).

Assim como previsto no texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou a doutrina da proteção integral da criança, proclamada no artigo 1º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.²⁴

O Estatuto é composto de 267 artigos, agrupados em dois Livros (Parte Geral e Especial). O Livro I – Parte Geral, é composto de três Títulos, a saber, Título I – Das Disposições Preliminares (arts. 1º a 6º), Título II – Dos Direitos Fundamentais (arts. 7º a 69) e Título III – Da Prevenção (arts. 70 a 85). O Livro II – Parte Especial é dividido em sete Títulos: Título I – Da Política de Atendimento (arts. 86 a 97), Título II – Das Medidas de Proteção (arts. 98 a 102), Título III – Da Prática do Ato Infracional (arts. 103 a 128), Título IV – Das Medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável (arts. 129 a 130), Título V – Do Conselho Tutelar (arts. 131 a 140), Título VI – Do Acesso à Justiça (arts. 141 a 224) e Título VII – Dos Crimes e das Infrações Administrativas (arts. 225 a 259). Além disso, os artigos 259 a 267 trouxeram as disposições finais e transitórias.

A importância do Estatuto da Criança e do Adolescente foi sedimentar a modificação na condição da criança na sociedade. Ela passa a ser considerada como sujeito de direitos e não mais como objeto de tutela do Estado, sendo, desta

²³ Importante destacar que no entendimento do Supremo Tribunal Federal, as Convenções e Tratados sobre direitos fundamentais anteriores à Emenda Constitucional nº 45, de 2004 possuem natureza de norma supralegal. Neste sentido: STF, RE 349.703, Tribunal Pleno, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.12.2008, DJe 5.6.2009. Em sentido contrário ao entendimento do Supremo Tribunal Federal: PIOVESAN, 2006, p. 52-55.

²⁴ Segundo o STJ, ao decidir sobre a aplicação de medidas socioeducativas, “De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).” (STJ, HC 155.514, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento 15.06.2010, DJe 02.08.2010)

maneira, destinatários de proteção integral e prioridade absoluta (CEDECA-CE, 2007, p. 4). Esta é a conclusão da leitura que se faz do teor do artigo 3º do Estatuto.²⁵

Logo, “*O reconhecimento da dignidade inerente a crianças e adolescentes significou estender a elas, incondicionalmente, o valor de ser pessoa humana, ou seja, o direito a ter direitos.*” (CEDECA-CE, 2007, p. 6)

Por outro lado, o artigo 4º do Estatuto traz expressa a co-responsabilidade da família, sociedade e Poder Público em assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais da criança.

O artigo 5º proclama que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração e violência, crueldade e opressão, punindo-se, na forma da lei, qualquer atentado por ação ou omissão aos direitos fundamentais da criança.

Da leitura dos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 8.069, de 1990 deflue-se que o legislador buscou delinear os três níveis obrigações referidas por Abramovich e Courtis (2002, 29) com respeito aos direitos fundamentais, tornando patente que família, sociedade e Poder Público possuem obrigações de respeito, proteção e satisfação dos direitos da criança.

Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02

[...]

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.²⁶

Em outro julgado, ao apreciar a reserva do possível e o direito à educação, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana

²⁵ “Art. 3º 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.”

²⁶ STJ, Resp. 1.037.759/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento 23.02.2010, DJe 05.03.2010.

não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.²⁷

Estas decisões ilustram o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente que impõe ao Poder Público, sociedade e família deveres para com a concretização dos direitos fundamentais da criança com a promoção de uma proteção integral e com absoluta prioridade, exigindo-se, portanto, não apenas medidas positivas, mas o cumprimento das obrigações de respeito, proteção e satisfação.

3. O BRINCAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O brincar afigura-se como elemento vital na vida da criança. Walter Benjamin (2002, p. 85) escreveu que “*Não há dúvida que brincar significa sempre libertação.*”

A outro espreque, tem-se reconhecido que o brincar traz reflexos positivos no desenvolvimento e bem-estar da criança (OLIVEIRA, 2011, p. 7), estando estritamente ligado à dignidade da pessoa humana.

No presente capítulo será abordado o significado de brincar, seu papel no desenvolvimento e promoção da dignidade da criança, concluindo com a análise do direito de brincar enquanto direito fundamental.

3.1 Significado de brincar e seu papel no desenvolvimento da criança

Que brincar é essencial para criança parece não haver dúvidas, sendo vista como uma necessidade inerente ao desenvolvimento infantil, no mesmo nível que o comer e dormir (SANTOS, 2011, p. 154). Lembra Leonor Santos (2011, p. 154) que:

Sendo o brincar construtor da personalidade, permite à criança descobrir o mundo que a rodeia, descobrir as causas e as consequências, encontrar o seu lugar no mundo e aí desempenhar um papel que se modifica ao longo do seu desenvolvimento.

Contudo, as considerações acima apontam tão-somente para a importância e consequências do brincar na promoção da dignidade da criança; não trazem qualquer definição ou conceito do que seja brincar.

²⁷ STJ, Resp. 1.185.474/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgamento 20.04.2010, DJe 29.04.2010.

Não há dúvidas de que infância está ligada aos brinquedos. Neil (1991, p. 57) lembra que a infância é justamente a época de brinquedos e, por este motivo, qualquer ato que ignore esta realidade resulta em uma educação inadequada. Contudo, os brinquedos não são realidade apenas na infância, sobretudo se considerarmos que os brinquedos expressam diversas linguagens de formas (BENJAMIN, 2002, p. 129).

Brincar, portanto, revela uma forma de linguagem, um mecanismo de comunicação que para a criança é essencial para a sua socialização. Por este motivo, Winnicott (1975, p. 69) reconhece que o brincar tem um lugar e um tempo, implicando, ainda, em um fazer.

O brinquedo, ainda, está conectado às necessidades da criança. Vigotski (2007, p. 108) afirmou que a criança pequena está limitada pelas circunstâncias, sendo que a sua tendência é buscar a satisfação imediata de seus desejos. Contudo, surgem necessidades não realizáveis às quais levam a uma tensão que a criança supera através de seu envolvimento em um mundo ilusório e imaginário, onde os desejos não realizáveis podem objeto de realização através do brinquedo (VIGOTSKI, 2007, p. 108-109).

Neste contexto, brincar afigura-se como a maneira que a criança as limitações circunstanciais e cognitivas, capacitando-a a comportar-se em conformidade com regras, já que, em um estágio anterior, as crianças menores agem em função de objetos que determinam o significado da situação. O brinquedo proporciona a criança agir não apenas pela percepção imediata dos objetos, o que a leva à uma ação regida por regras que são, por seu turno, determinadas pelas ideias (VIGOTSKI, 2007, p. 114-115).

Quando o brinquedo propicia que a criança aja sob regras determinadas por ideias, o ato de brincar criador de uma situação imaginária conduz a uma “[...] primeira manifestação da emancipação da criança em relação às restrições situacionais.” (VIGOTSKI, 2007, p. 117). Por este motivo, “[...] as maiores aquisições de uma criança são conseguidas no brinquedo, aquisições que no futuro tornar-se-ão seu nível básico de ação real e moralidade.” (VIGOTSKI, 2007, p. 118)

O brincar, enquanto agir, implica na instrumentalização do brinquedo voltada à satisfação das necessidades da criança e a sua maior interação com meio que lhe circunda, permitindo-lhe superar as limitações circunstanciais. O brincar, portanto, traz um aspecto epistêmico, consistente em possibilitar que a criança desenvolva habilidades cognitivas e intelectuais, um aspecto lúdico, que permite a ela desenvolver habilidades sociais e criativas e um aspecto normativo, relacionada aos jogos com regras (JARVIS *et al.*, 2011, p. 27).

Com o brincar a criança adquire uma gama de experiências e conhecimentos que lhe permitem criar outros conceitos e novos e adquirir novas experiências (JARVIS *et al.*, 2011, p. 43-44). Para Walter Benjamin (1994, p. 253):

O adulto alivia seu coração do medo e goza duplamente sua felicidade

quando narra sua experiência. A criança recria essa experiência, começa sempre tudo de novo, desde o início. Talvez seja esta a raiz mais profunda do duplo sentido da palavra alemã *Spielen* (brincar e representar): repetir o mesmo seria seu elemento comum. A essência da representação, como da brincadeira, não é ‘fazer como se’, mas ‘fazer sempre de novo’, é a transformação em hábito de uma experiência devastadora.

O brincar, portanto, sendo a ação de manusear, de utilizar, de instrumentar o brinquedo, mostra-se como um componente importante da vida da criança, contribuindo decisivamente para o seu desenvolvimento moral, espiritual e social, sendo atividade necessária para a promoção da dignidade da criança.

3.2 O direito de brincar

Estando ligado à dignidade da pessoa humana, brincar é um direito da criança, reconhecido pelo Estatuto da Criança e Adolescente, quando enuncia no artigo 16, inciso IV que o direito à liberdade compreende o brincar, praticar esportes e divertir-se.

Em uma sociedade consumista e competitiva como a contemporânea, esta declaração vai de encontro a certos valores que são perpetuados pelo capitalismo atual. Brincar, embora seja reconhecido como um direito da criança, não tem reflexos no processo de acumulação de capital, fazendo com que muitos adultos valorizem outras atividades da criança do que o simples brincar.

Neill (1991, p. 59) lembra que: “*O temor pelo futuro da criança leva os adultos a privarem os filhos do direito de brincar*”, levando à “*comercialização da relação entre pais e filhos*” conforme advertiu Bauman (2011, p. 51).²⁸

Inobstante a isso, o direito da criança de brincar é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro de maneira expressa. Essa louvável iniciativa do legislador ordinário ressalta a importância do brincar para o desenvolvimento da criança, contribuindo de maneira decisiva para a sua proteção integral e prioridade absoluta.

A outro prisma, brincar relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a criança reconhecer-se como tal, vivenciando suas experiências e visões peculiares do mundo que a circunda. Outrossim, não se pode deixar de considerar que o *caput* do artigo 16 do Estatuto da Criança liga o brincar com o direito à liberdade.

E como expressão da dignidade humana e do direito à liberdade, o brincar traz importantes consequências.

²⁸ Segundo Bauman (2011, p. 51), “Os mercados se propõem a reprimir qualquer remanescente de escrúpulo moral que resista após o recuo dos pais em relação à sua presença atente e cuidadosa na família; fazem isso pela transformação de cada comemoração familiar, de cada feriado religioso e nacional em ocasião para distribuir presentes caros e luxuosos, com isso ajudando e incentivando, dia após dia, a demonstração de superioridade dos filhos, por meio da violenta competição de sinais adquiridos no comércio da distinção social.”

A primeira delas é que, embora não previsto expressamente no catálogo de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, o brincar é um direito fundamental da criança. Esta conclusão é sustentada pelo *caput* do artigo 227 da Constituição Federal que enuncia o lazer e a dignidade como um dos direitos da criança que devem ser objeto de proteção pelo Estado, sociedade e família.

A isto, ligue-se o fato de que brincar é uma das facetas do direito à liberdade e, por este motivo, deve ser compreendido como um direito fundamental. Esta condição, inclusive, torna necessária medidas protetivas visando tornar viável o exercício do direito à liberdade por toda a criança (CURY, 2010, p. 93).

Outra consequência que a relação entre dignidade humana, direito à liberdade e o direito de brincar traz é impor aos co-responsáveis pela proteção à criança (Estado, sociedade e família) a disponibilização de meios adequados ao exercício do direito de brincar, mais especificamente de brinquedos adequados.

Neil Postman (1999, p. p. 134) ao criticar o desaparecimento da infância alude ao papel dos meios de comunicação, asseverou que “[...] *eles não só promovem a desmontagem da infância valendo-se da forma e do contexto que lhes são peculiares mas também refletem esse declínio em seu conteúdo.*” Willrich, Azevedo e Fernandes (2009, p. 53) citam estudo em que foi pesquisada influência do ambiente na aquisição de habilidades motoras em crianças em idade pré-escolar, em que se constatou que o desenvolvimento de crianças saudáveis foi afetado negativamente por fatores de risco ambientais, dentre os quais a utilização de brinquedos inadequados para a faixa etária.

Portanto, o reconhecimento do direito de brincar não é suficiente. Enquanto direito fundamental ele demanda que os co-responsáveis pela sua proteção promovam medidas de respeito, proteção e satisfação. O estímulo desarrazoado à competitividade, que muitos pais impõem a seus filhos através de uma agenda cheia de atividades voltadas à formação profissional, deve ser combatido; a veiculação de programas de rádio e televisão inadequados à condição peculiar da criança também deve ser arrostado²⁹, sobretudo aqueles que promovem o que Neil Postman (1999, p. 138) denominou de “adultificação” das crianças.³⁰

Quando o brincar faz parte do cotidiano da criança o resultado é a sua socialização. Contudo, esse brincar deve estar restrito a limites adequados à sua condição social (ELIAS, p. 2010, p. 28) e, sobretudo, psicológica.

Brinquedos inadequados à condição da criança não permitem que ela supere as limitações que a circunscrevem. O resultado disso é que a sua liberdade passa a ser ameaçada, gerando reflexos em sua dignidade enquanto pessoa humana.

²⁹ Neste sentido, o teor do artigo 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe às emissoras de rádio e televisão a exibição, em horário recomendado para o público infanto-juvenil, de programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

³⁰ Para Postman (1999, p. 136) “[...] as crianças praticamente desapareceram da mídia, especialmente da televisão. (Não há sinal delas no rádio ou nos discos, mas seu desaparecimento da televisão é mais revelador). Não quero dizer, claro, que as pessoas de pouca idade não possam ser vistas. Quero dizer que quando são mostradas, são representadas como adultos em miniatura, à maneira das pinturas dos séculos treze e quatorze.”

Como sujeito de direitos, a criança sofre com estas restrições ao seu direito de brincar, muitas vezes disfarçada de medidas protetivas, mas que, em realidade, revelam ações insuficientes à efetivação do direito fundamental de brincar.

O artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos declara que toda a criança tem o direito às medidas de proteção que sejam adequadas à sua condição de menor, tanto por parte do Estado, quando da família e da sociedade. Essa exigência, ainda, de medidas adequadas (o que inclui certamente brinquedos adequados) é encontrada no artigo 31, 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, onde há preceito impondo aos Estados-partes o respeito e promoção do direito da criança de participação plena na vida cultural e artística, devendo, ainda, encorajar a criação de oportunidades adequadas em condição de igualdade, para que elas participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

De tudo isso que foi exposto deflue que o brincar não pode ser visto como um simples direito. A sua fundamentalidade está juntamente em sua relação intrínseca com a dignidade da criança e sua liberdade, fazendo com que o direito de brincar seja considerado como um direito fundamental da criança.

O ordenamento jurídico constitucional, as normas provenientes dos tratados e convenções internacionais, bem como as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente fornecem suporte para essa conclusão.

Brincar, portanto, além de ser uma atividade prazerosa à criança, de auto-descobrimto e descobrimto do mundo que a cerca, atrela-se à sua dignidade enquanto pessoa humana, tornando evidente a responsabilidade que não apenas o Estado, mas toda a sociedade e a família têm em respeitar, proteger e promover a satisfação desse direito fundamental.

CONCLUSÕES

O brincar revela um aspecto fundamental na formação da criança. Através do brincar, a criança instrumentaliza o brinquedo, que por seu turno, possibilita-lhe adquirir novas experiências e conhecimentos.

O brinquedo é o meio que a criança se utiliza para expressar sua comunicação e isto lhe possibilita estabelecer relações sociais sadias e duradouras.

Desta forma, o brincar possibilita à criança libertar-se dos obstáculos naturais do mundo ao seu redor e formar canais de comunicação sólidos, que refletirão no seu desenvolvimento social, psicológico, moral e espiritual.

Com isto, o brincar liga-se não apenas com a sua liberdade, mas também com a sua dignidade enquanto pessoa detentora de direitos. E com isso, o direito de brincar, como parte da formação de sua personalidade e caráter, passa a ter uma dimensão fundamental; ou seja, o direito de brincar é um direito fundamental.

Logo, o direito de brincar enquanto direito fundamental impõe ao Estado, sociedade e família a obrigação, expressada por Abramovich e Courtis em três níveis, a saber, a obrigação de respeito, a obrigação de proteção e a obrigação de satisfação do direito fundamental de brincar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALKMIM, Marcelo. *Teoria da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis Editores, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Pais e filhos*. In: BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo liquid moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, p. 48-52, 2011.

BENJAMIN, Walter. *Brinquedo e brincadeira: observações sobre uma obra monumental*. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, p. 249-253, 1994.

_____. *Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação*. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2002.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *O direito das crianças à plena fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito a ter direitos no futuro*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 831-854, 2008.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CENTRO DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO CEARÁ. *Direitos de criança e adolescentes – Guia de atendimento*. Fortaleza: CEDECA-CE, 2007.

CURY, Munir (org.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DEL NEGRI, André. *Teoria da constituição e do direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F.: Fontamara, 2001.

JARVIS, Pam *et al.* *Brincar: aprendizagem para a vida*. Porto Alegre: Penso, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estrutura do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEILL, A.S. *Liberdade sem medo*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1991.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Vera Barros de. *Apresentação: brinquedoteca em uma visão internacional*. In: OLIVEIRA, Vera Barros de (org.). *Brinquedoteca: uma visão internacional*. Petrópolis: Vozes, p. 7-13, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POSTMAN, Neil. *O desaparecimento da infância*. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Leonor. Por que brincar no hospital? In: OLIVEIRA, Vera Barros de (org.). *Brinquedoteca: uma visão internacional*. Petrópolis: Vozes, p. 154-161, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 9, jan./jul., p. 361-388, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 865-885, 2008.

VIGOTSKI, L.S. *O papel do brincar no desenvolvimento*. In: VIGOTSKI, L.S. *A formação social da mente*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 107-124, 2007.

WALLON, Henri. *A evolução psicológica da criança*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

WILLRICH, Aline; AZEVEDO, Camila Cavalcanti Fatturi de; FERNANDES, Juliana Oppitz. *Desenvolvimento motor na infância: influência dos fatores de risco e programas de intervenção*. *Revista Neurociências*. São Paulo: Unifesp, v. 17, n. 1, p. 51-56, 2009.

WINNICOTT, D.W. *O brincar & a realidade*. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

ZIZEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011.