



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LAÍS CHAVES GONZAGA

**LIBERDADE *VERSUS* SEGURANÇA:
o caso do toque de recolher visto sob o novo paradigma da
proteção integral**

Brasília

2010

LAÍS CHAVES GONZAGA

**LIBERDADE *VERSUS* SEGURANÇA:
o caso do toque de recolher visto sob o novo paradigma da
proteção integral**

Monografia apresentada como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em curso de Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Profa. Cristina Zackseski

Brasília

2010

Dedico a Deus, para que este trabalho seja um meio de esclarecimento a todos que tiverem acesso.

Dedico também às crianças e adolescentes que sofrem por não verem seus direitos garantidos, para que saibam que existem aqueles se preocupam.

Agradeço a Deus, pois é minha fonte de força e sustento. Ele é quem abre meu entendimento e me capacita.

Agradeço à minha professora orientadora Cristina Zackseski, indispensável para a produção deste trabalho, por sua simpatia, carisma, disponibilidade e colaboração.

Agradeço aos meus pais pelo amor que dispensam a mim e por confiarem e sempre investirem em mim.

Agradeço aos meus amigos, por serem um ponto de apoio, pois sempre me ajudaram quando precisei.

Instrua a criança segundo os objetivos que você tem para ela, e mesmo com o passar dos anos não se desviará deles.

Provérbios 22:6, NVI

Onde o Direito termina, a tirania começa.

John Locke

RESUMO

O presente trabalho analisa a legalidade das medidas implantadas em várias comarcas brasileiras, que ficaram conhecidas como toque de recolher, implementadas por meio de portarias judiciais, baixadas por juízes das Varas da Infância e da Juventude. Busca-se demonstrar que essas portarias, embasadas no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se encontram em desacordo com o §2º do mesmo artigo, com princípios garantidos na Constituição Federal, com a doutrina da proteção integral sob a qual o ECA foi elaborado e com os princípios do Estado Democrático de Direito. Sabendo que o Estado Democrático se baseia em liberdades públicas, uma delas a liberdade de ir e vir, argumenta-se que o toque de recolher é uma escolha pelo totalitarismo e não pela democracia, que a segurança não deve vir antes da liberdade, mas que ambas devem ser articuladas da melhor forma possível, pois uma não sobrevive sem a outra.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	
HISTÓRICO E VIGÊNCIA DA MEDIDA DO TOQUE DE RECOLHER.....	9
1.1 Constitucionalidade das portarias e o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente	13
1.2 Comentário quanto à posição do Conselho Nacional de Justiça em relação às portarias que estipulam o toque de recolher	29
1.3 Crianças e adolescentes e a liberdade de ir, vir e estar	34
CAPÍTULO II	
A DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	39
2.1 Construção da doutrina da proteção integral	39
2.2 História e contexto brasileiro que proporcionaram a mudança para a doutrina da proteção integral	46
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

No ano de 2005, na comarca de Fernandópolis-SP, o juiz Evandro Pelarin baixou uma portaria judicial estabelecendo que menores de 18 anos não poderiam ser encontrados nas ruas da cidade após certo horário da noite, sem a companhia dos pais ou responsáveis. De acordo com o próprio magistrado, essa medida foi aplicada em resposta a falta de controle do Estado em relação aos adolescentes considerados em situações de risco e que estavam envolvidos em atos infracionais. A citada medida ficou conhecida como toque de recolher e desde então novas portarias tem sido elaboradas e outras comarcas brasileiras têm aderido à prática em suas cidades.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca as atribuições do juiz da infância, e uma delas é baixar portarias judiciais nos termos do artigo 149 do mencionado estatuto. A controvérsia da medida paira sobre a maneira como os magistrados estão interpretando o referido artigo diante dos princípios da doutrina da proteção integral, dos princípios da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito e diante da normativa internacional.

Assim, demonstra-se neste trabalho que o toque de recolher é uma ordem estipulada por uma ferramenta, uma portaria – ato administrativo interno da administração pública – que não possui legitimidade para estipular normas de conduta, além de que, de acordo com o Princípio da Legalidade exposto na Constituição Federal, o indivíduo somente está obrigado a agir em virtude de lei.

Essa medida vai de encontro às competências e funções estabelecidas para cada um dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, visto que estabelecer normas de condutas é legislar e cabe apenas ao Poder Legislativo da União e dos Estados normatizarem sobre questões da infância e da juventude.

Os juízes que baixaram as mencionadas portarias não estão apenas ferindo princípios e normas constitucionais, como não estão agindo dentro dos princípios da doutrina da proteção integral que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente, estipulada internacionalmente pela Convenção sobre os Direitos da Criança.

Diante disso, as portarias também não estão de acordo com o artigo 149 do ECA, principalmente com o § 2º do mencionado artigo, onde estipula que o seu conteúdo não deve ser de caráter geral e que devem ser fundamentadas caso à caso.

O Conselho Nacional de Justiça foi acionado algumas vezes para analisar a aplicação e validade do toque de recolher, porém, apesar de ser função desse órgão fiscalizar a atividade judicial, se manteve inerte e não esclareceu adequadamente sua posição quanto à medida, que hoje é aplicada em várias comarcas brasileiras.

O toque de recolher restringe a liberdade de crianças e adolescentes, baseada numa suposta proteção, porém as autoridades responsáveis por aplicar o ECA e demais leis não estão se dando conta de que essa medida trata a infância como objeto de proteção e não como sujeitos de direitos. Ao escolherem a segurança em detrimento da liberdade, estão na realidade escolhendo autoritarismo ao invés da democracia.

Diante da medida do toque de recolher, há também a questão quanto ao universo familiar, visto que cabe o questionamento sobre se o Estado poderia intervir de tal maneira na esfera privada do poder familiar, ambiente em que são os pais quem escolhem a maneira que irão educar seus filhos e transmitir valores. Porém, este presente trabalho não tem o propósito de entrar nessa esfera, pois o objetivo é mostrar como a referida medida fere o direito a liberdade de crianças e adolescentes, desrespeitando princípios constitucionais e internacionais, embasada numa suposta proteção a própria infância, esquecendo-se que, como mencionado, são sujeitos de direitos e não simples objetos de proteção.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO E VIGÊNCIA DA MEDIDA DO TOQUE DE RECOLHER

Toque de recolher é o nome associado às portarias judiciais que disciplinam horários para que crianças e adolescentes (pessoas menores de 18 anos completos) retornem às suas casas e não permaneçam na rua desacompanhados dos pais ou responsáveis.

A primeira portaria foi editada na comarca de Fernandópolis-SP, em agosto de 2005, pelo juiz Evandro Pelarin. De acordo com o juiz, o objetivo foi prevenir o cometimento de atos infracionais, a ocorrência de situações de risco e proteger aqueles que fossem encontrados em tais situações.

Essa medida foi implantada, segundo notícia do *Jornal do Interior*¹, em razão do alto índice de jovens envolvidos com atos infracionais, drogas e prostituição, o que gerou uma grande quantidade de reclamações direcionadas à Vara da Infância e da Juventude de Fernandópolis. Assim, em julho de 2005, depois de várias reuniões realizadas pela justiça, por meio de uma petição do Ministério Público local, o poder judiciário ordenou que se criasse uma força-tarefa, que se constitui na junção da polícia militar e da polícia civil junto com o Conselho Tutelar, com a OAB como convidada a participar, para realizar o cumprimento e fiscalização das decisões proferidas pelo mencionado juízo. O objetivo da força-tarefa é retirar crianças e adolescentes das ruas quando forem encontrados em situações que a portaria desaprova².

No mês seguinte, então, foi baixada a portaria que estipula como as autoridades competentes (conselho tutelar e polícias) devem atuar ao lidar com as crianças e os adolescentes encontrados, após certo horário, em situações de risco.

¹ MELO, Silvia. *O toque de acolher: ações pró-ativas para o enfrentamento das drogas e da violência*. *Jornal do Interior*, São Paulo, Ano VIII, nº55, maio de 2009. p. 3. Disponível em: <<http://www.uvesp.com.br/downloadPdf.php?idpublicacao=12>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

² PELARIN, Evandro. *“Toque de recolher” para crianças e adolescentes*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086&p=1>>. Acesso em: 26 maio 2010.

As situações de risco, de acordo com o próprio juiz da comarca de Fernandópolis, se configuram quando jovens menores de 18 anos são encontrados em lugares considerados impróprios pela portaria, que, em tese, poderia gerar uma situação incompatível com os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O juiz Pelarin, ao elaborar um artigo explicando a medida do toque de recolher, exemplificou algumas situações de risco, ou seja, quando uma criança ou adolescente for encontrado: ingerindo bebidas alcoólicas; fazendo uso de drogas; expostos à prostituição e ao desamparo em geral; em importunação ofensiva ao pudor; expostos a som de alto volume gerado por veículos particulares ou estabelecimentos comerciais; conduzindo veículos automotores ou motocicletas; nas ruas, desacompanhados dos pais ou responsáveis, desde que existente ou potencial a situação de risco, como nos exemplos acima, mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas e shoppings da cidade³.

A última portaria baixada na comarca de Fernandópolis, Portaria nº 3/2009, (em razão de supostamente a medida ter sido bem aceita, desde 2005, as portarias veem sendo renovadas) estipula⁴:

O Juiz da 1.^a Vara Criminal e do Anexo da Infância e da Juventude de Fernandópolis, no uso de suas atribuições constitucionais e legais:

1. Considerando a constância ainda presente de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pelas cidades da comarca, especificamente, daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, desacompanhados dos pais ou responsável, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição e vandalismos; [...]

8. Considerando por fim que, para a autoridade judicial que baixa esta portaria, embora ciente e convicta dos resultados concretos e efetivos, no sentido da melhora da situação das crianças e adolescentes e de suas famílias

³PELARIN, Evandro. *"Toque de recolher" para crianças e adolescentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 26 maio 2010.

⁴Idem. Portaria nº3/2009, comarca de Fernandópolis-SP. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-32009-do-juiz-da-1%C2%AA-vara-criminal-e-do-anexo-da-infancia-e-da-juventude-de-fernandopolis/>>. Acesso em: 05 nov. 2009.

em nossa cidade e comarca, e embora ciente e convicta da consciência do dever, da presteza e da retidão das Polícias e do Conselho Tutelar, a ponto de consignar, neste procedimento formal, que o trabalho de campo desempenhado pela Polícia Militar, Polícia Civil e Conselho Tutelar é exuberante, não há, ainda, um sistema de verificação mais eficiente das operações, no sentido de se apreciar a constância e a frequência das operações policiais e do Conselho Tutelar, referente ao tema desta portaria, de modo a aferir e confirmar, à vista de todos e formalmente, o cumprimento das regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente pelas autoridades locais que tem este dever, diante da advertência em caso de negligência, prevista no Estatuto e acima referida;

[...]

RESOLVE:

[...]

4. Salvo hipóteses de ato infracional ou flagrante de qualquer crime cometido contra crianças e adolescentes, cuja atribuição investigativa e a tomada de providências iniciais são exclusivas, primeiramente, da Polícia Judiciária, ou do Ministério Público, determina-se a adoção, pelas autoridades mencionadas, caso a caso de situações de risco, das providências previstas em lei, como as do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sugerindo, como regra geral e subsidiária a todos os casos encontrados, mas não substitutivas das medidas adequadas, aquelas previstas nos incisos I e II do referido artigo, devendo-se encaminhar, para o inquérito judicial, cópia do termo de responsabilidade assinado pelos pais; (*ipsis litteris*)

A partir da portaria de Fernandópolis, várias outras comarcas do Estado de São Paulo e de vários outros Estados brasileiros passaram a fazer o mesmo, pois, aparentemente, o toque de recolher foi bem aceito⁵ por uma parte da comunidade jurídica e principalmente pelos pais. Além disso, as portarias são baixadas em face da diminuição⁶ no registro de atos infracionais⁷, o que parece motivar a implantação da medida e reforça sua manutenção.

⁵ O toque de recolher foi aparentemente bem aceito, pois em Fernandópolis-SP a Vara da Infância, o Ministério Público, as polícias militar e civil, e a OAB concordaram com a sua aplicação. Além disso, comarcas de outros Estados acharam interessante a medida e resolveram implantá-las em suas jurisdições.

⁶ Sabe-se que essa diminuição é relativa, pois não é porque diminuiu o registro de atos infracionais (condutas praticadas por adolescentes entre 12 e 18 anos que se amoldam a condutas tipificadas como crimes) que os adolescentes deixaram de praticar condutas tipificadas como ilícitas. A única certeza que se pode ter diante desse relato é que diminuiu o número de registros e não da ocorrência dos ilícitos. Isso é conhecido como “cifra oculta”, ou seja, o número de registros de crimes não corresponde ao número real da ocorrência deles.

⁷ Furtos praticados por adolescentes: 2004 - 131 ocorrências; 2005 - 123; 2006 - 82; 2007 - 59; e, 2008 - 55. Porte de armas (armas de fogo e ‘brancas’, como facas): 2004 - 2 ocorrências; 2005 - 15; 2006 - 5; 2007 - 2; e, 2008 - 2. Lesões corporais praticadas por adolescentes: 2004 - 61 ocorrências; 2005 - 68; 2006 - 49; 2007 - 53; e, 2008 - 48. Total geral dos atos infracionais: 2004 - 346 ocorrências; 2005 - 378; 2006 - 329; 2007 - 290; e, 2008 - 268. Fonte: Livro de Registro Geral de Feitos da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fernandópolis, em certidão de 27 de abril de 2009. PELARIN, Evandro. “Toque de recolher” para crianças e

Segue parte de mais uma portaria para exemplificar como essa medida está sendo implantada nas comarcas brasileiras (Portaria de nº 02/2009 comarca de Ilha Solteira-SP⁸):

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar a entrada e permanência de crianças e adolescentes, em estádios, ginásios e campos desportivos, boates ou congêneres, bailes ou promoções dançantes, casas que explorem, comercialmente, diversões eletrônicas e assemelhadas e a participação de crianças e adolescentes em peças teatrais, concursos de beleza, espetáculos públicos e seus ensaios, nos termos do art. 149, inc. I e II, do ECA.

[...]

Art. 4º – Os organizadores de bailes, *matinês*, festas a fantasia, festas de camisetas, bailes do Hawai, bailes carnavalescos ou qualquer outra reunião dançante em que haja venda pública irrestrita de ingressos, bem como, os proprietários de boates, casas de forró ou qualquer outro gênero dançante, em que haja acesso irrestrito ao público, seja gratuito ou não, e os Rodeios ou Festas de Peão, FAPIC, MOTO FEST, Festas de Rainha e Princesa do Rodeio, independentemente do local onde ocorre este tipo de lazer, **DEVERÃO**, manter a disposição do Juízo da Infância e da Juventude da Comarca, da Promotoria da Infância e da Juventude, do Conselho Tutelar Local, da Polícia Militar e Civil os seguintes documentos e informações:

[...]

Parágrafo 2º – Apenas será permitida a permanência de crianças e adolescentes em eventos onde haja venda de bebidas alcoólicas (bailes, *matinês*, festas a fantasia, festas da camiseta, bailes do Havaí ou qualquer outra reunião dançante, boates, casas de forrós ou qualquer outro gênero dançante em que haja acesso irrestrito do público, seja gratuito ou não, os Rodeios ou Festas de Peão, Concurso de Rainha e Princesa do Rodeio, FAPIC, MOTO FEST), independentemente do local onde ocorre este tipo de lazer, desde que as crianças e adolescentes estejam acompanhados do responsável.

Parágrafo 3º – Nos eventos a que se refere o parágrafo anterior, crianças e adolescentes com até 14 anos de idade poderão permanecer até às 24 horas; acima de 14 anos e abaixo de 16 anos, até às 2 horas; dos 16 anos até abaixo dos 18 anos, não há restrição de horário, desde que, em todas as situações, estejam, eles, devidamente acompanhados dos responsáveis. (*ipisis litteris*) (grifos no original)

Um dos principais problemas dessa medida conhecida como toque de recolher se encontra exatamente no fato de ser estipulada por meio de uma portaria judicial, supostamente conforme o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, essa

adolescentes. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086&p=1>>. Acesso em: 26 maio 2010.

⁸LIMA, portaria nº 2/2009, comarca se Ilha Solteira-SP. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-da-comarca-de-ilha-solteira>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

forma não é legítima para restringir o direito fundamental de ir e vir, pois não está de acordo com a Constituição Federal, nem com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, nem com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (logo, nem com artigo utilizado para aplicá-la).

Assim, pretende-se demonstrar a aplicação errônea dessa medida para se alcançar o resultado desejado, que de acordo com o próprio juiz Evandro Pelarin é: "... a proteção e a prevenção aos menores de 18 anos, tirando-os das ruas, quando em risco, inserindo-os junto à família, ou evitando que eles ingressem nas situações de perigo"⁹.

1.1 Constitucionalidade das portarias e o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, declara e garante que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O Princípio da Legalidade, como é conhecido o direito fundamental citado anteriormente, é uma premissa importante para compor o Estado Democrático de Direito, pois é uma segurança, uma garantia contra possíveis arbitrariedades praticadas pelas pessoas que compõem o governo. Como bem explica Kildare Gonçalves Carvalho:

A Constituição, portanto, quando menciona a expressão Estado Democrático de Direito opta por conformar as estruturas do poder político segundo a medida do direito, isto é, regras, formas, que excluem o arbítrio e a prepotência o que vem garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, com sua autonomia perante os poderes públicos.¹⁰

Diante disso, essa é a ocasião para analisar o que a Constituição quis dizer em seu inciso II do artigo 5º com a expressão "lei".

⁹ PELARIN, Evandro. *"Toque de recolher" para crianças e adolescentes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086>>. Acesso em: 26 maio 2010.

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.349.

As espécies normativas brasileiras, conforme Henrique Savonitti Miranda¹¹, se dividem em duas: as primárias e as secundárias. Os instrumentos primários são aqueles que possuem a capacidade de inovar a ordem jurídica, instituindo novas permissões, obrigações ou proibições. Já os secundários possuem a natureza apenas de regulamentar, com a finalidade de possibilitar a aplicação das normas primárias, individualizando ou detalhando seus ordenamentos.

Segundo esse entendimento, os instrumentos primários seriam os únicos autorizados a introduzir regras inovadoras no universo jurídico brasileiro, e eles são: a Constituição Federal, a lei complementar, a lei ordinária e o decreto legislativo, produzidos em primazia pelo Poder Legislativo. Logo, os instrumentos secundários são os diplomas que regulamentam a conduta humana estipulada no veículo primário, os quais não possuem força vinculante suficiente para alterar as estruturas jurídicas positivas, eles apenas “realizam os comandos que a lei autorizou e na precisa dimensão em que lhes foi estipulada”¹². Assim, o decreto regulamentar, as instruções ministeriais, as circulares, as portarias, as ordens de serviços, os ofícios e os memorandos, ou seja, os documentos que cabem à Administração Pública, possuem natureza apenas regulamentar, com a finalidade de realizar a aplicação das normas primárias.

Diante disso, conforme Henrique Savonitti Miranda, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso IV, se referiu a lei em seu sentido lato, ou seja, aos veículos primários relacionados em seu artigo 59:

Art.59 O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

¹¹ MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2007.p.195.

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.42.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Dessa maneira, os demais instrumentos normativos, classificados como secundários, não se encaixam dentro do princípio constitucional que obriga o cidadão a agir em conformidade com a lei.

Entende-se que cabe ao Poder Legislativo produzir as leis, em sentido lato, e cabe à Administração Pública regulamentar o que for necessário para sua a melhor aplicação. Diante disso, esse é o momento para a seguinte indagação: cabe ao Poder Judiciário regulamentar condutas?

Na Carta Magna foi estabelecida a divisão dos Poderes¹³ que, na realidade, é uma distribuição das funções do Estado. Essa divisão é necessária, pois, conforme Montesquieu, a concentração dos Três Poderes nas mãos de uma só pessoa colocaria a liberdade do ser humano em perigo em razão da experiência mostrar que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele¹⁴.

Assim, em suma, as funções foram distribuídas: é competência do Poder Legislativo elaborar as leis, ao Poder Executivo cabe governar conforme o estipulado e ao Poder Judiciário cabe aplicar as normas ao caso concreto. Apesar da divisão, entende-se que na prática ela não pode ser absoluta, caso contrário os Poderes se tornariam muito independentes e poderiam se desviar da vontade política central. Por isso há entre eles certa coordenação fazendo com que busquem os mesmos fins, pois são apenas instrumentos do próprio Estado.

Esse sistema de coordenação ficou conhecido como “sistema de freios e contrapesos”, no qual todos os poderes estatais empenham de forma atípica as três funções, com o objetivo de se regularem entre si, impedindo tanto a conduta abusiva e arbitrária como

¹³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.352

a completa independência entre eles. Como exemplo desse sistema de freios e contrapesos tem-se que:

[...] o caso da aprovação de uma lei: Ela pode partir do Legislativo, lá é votada e aprovada. Então segue para a sanção do executivo. Se este entender que a lei não é benéfica, que é inconstitucional ou abusiva, poderá vetá-la. Já temos aí uma mostra do sistema de freios em contrapesos.

Mas considerando que a lei, flagrantemente abusiva e inconstitucional, tenha sido aprovada no legislativo e sancionada pelo Poder Executivo. Mesmo assim, poderá ser derrubada pelo Poder Judiciário por meio de diversas ações cabíveis. Mais uma vez, percebemos a presença desse sistema de freios e contrapesos. Enfim, esse preceito é a forma pela qual os três poderes se regulam, criando limites uns aos outros.¹⁵

Dessa forma, respondendo a pergunta feita anteriormente, pode-se dizer que não cabe ao Poder Judiciário elaborar normas de conduta, pois, como visto, a função legislativa é exercida pelo Poder Legislativo e apenas de forma atípica é exercida pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo. A função judiciária atípica de legislar se concretiza, por exemplo, na elaboração dos regimentos internos dos tribunais, ou seja, algo bem específico, e ainda vale lembrar que nem mesmo cabe ao judiciário regulamentar sobre a organização judiciária, competência pertencente também ao Poder Legislativo.

O Judiciário tem sua função estipulada dessa maneira como forma de preservar a imparcialidade inerente ao cargo de juiz, pois somente pertencendo a um campo neutro em relação às partes o magistrado será capaz de analisar adequadamente qual das pretensões deve ser atendida, conforme o entendimento extraído da lei relativa a cada caso. Contudo, se o juiz for autor da norma de conduta não tem porque a questão ser levada diante dele, pois não haverá dúvida quanto a sua aplicação e ocorrerá exatamente o que se quis evitar quando se estipulou a divisão de Poderes, uma só pessoa exercendo as três funções. Assim, a autoridade judiciária só poderá analisar adequadamente um caso se não houver nenhum interesse seu no resultado, caso contrário sua decisão será tendenciosa.

¹⁵LEAL, Mário. Freios e contra pesos. *Jornal Placa*, Ceará, março de 2008. Disponível em: <<http://www.jornalapraca.com.br/arquivo-colunistas/2311-edi-363.html>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

Dessa forma, após compreender que não é atribuição da justiça elaborar normas de conduta e sim aplicá-las, é importante saber quem tem competência para fazê-lo na matéria da infância e da juventude.

Em seu artigo 24, a CF estipula: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XV - proteção à infância e à juventude”, cabendo à União legislar sobre normas gerais e os Estados e o Distrito Federal sobre as normas especiais¹⁶.

Contudo, caso a União não exerça sua competência, existe a possibilidade dos Estados e o Distrito Federal elaborarem normas gerais, chamada de competência suplementar, com o objetivo de manter a harmonia do pacto federativo, para que a inércia da União não prejudique os outros entes federativos ao desempenharem suas prerrogativas constitucionais. Porém, no instante em que uma norma geral elaborada pela União entrar em vigor, as normas gerais editadas pelos outros entes automaticamente estarão suspensas.

Entender a competência legislativa é de extrema importância, pois o que coloca as leis em posição hierárquica superior ou inferior não é somente a sua espécie, mas, também, sua origem, ou seja, importa qual autoridade dentre os entes federados exerceu a competência para elaborá-la.

Assim, cumpre observar que no artigo 24 da CF, não foi mencionada a competência dos Municípios, pois se encontra no artigo 30¹⁷, onde estipula que a eles

¹⁶ Existe, porém, uma grande dificuldade em delimitar o conteúdo do que seriam as normas gerais e as normas específicas, pois, conforme Henrique Savonitti Miranda, na dogmática constitucionalista brasileira falta estudos profundos sobre esse tema.

¹⁷ Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

competem legislar sobre questões de interesse local, suplementar leis federais e estaduais quando necessário e questões específicas relativas à sua organização, como seus tributos e outros.

Michel Temer classifica em dois grupos as competências municipais: competências expressas e competências expressas enumeradas. As competências expressas são aquelas constantes nos dois primeiros incisos do artigo 30 da CF, em que manifestam idéias abrangentes, sem pormenorizar quais devem ser os assuntos de interesse local, nem em quais hipóteses podem suplementar a legislação federal e estadual. As competências expressas enumeradas se encontram estipuladas nos demais incisos¹⁸.

Diante disso, a matéria de interesse local é competência exclusiva dos municípios e o próprio Michel Temer explica que o que se entende por interesse local é na realidade um peculiar interesse do Município que predomina diante dos interesses do Estado e da União, exemplificando:

[...] é da competência da União legislar sobre trânsito e transporte nas vias terrestres (art.22, inciso XI). Entretanto, não se põe em dúvida a competência do Município para dispor sobre tais matérias nas vias municipais. Estacionamento, locais de parada, sinalização, mão e contramão de direção, corporificam matérias de peculiar interesse municipal. Afastam a legislação estadual e federal.¹⁹

Contudo, é importante ressaltar que as normas elaboradas com base no peculiar interesse do município não devem conflitar com as leis federais e estaduais, como foi bem colocado na súmula nº419 do Superior Tribunal Federal que estipula: “os municípios têm

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

¹⁸MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2004, p.411.

¹⁹TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.106.

competência para regular o horário do comércio local, **desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.**” (grifo nosso)

Assim, como não há um rol de situações exemplificando quando se caracterizaria a primazia do interesse local do município sobre o interesse da União e dos Estados, se torna um pouco complicado saber exatamente quando o interesse municipal deve prevalecer ou não, porém, como dito, não deve jamais infringir as leis em vigor elaboradas pela União e o Estado.

Como aconteceu, por exemplo, no Município de São Sebastião-AL, onde o juiz Jairo Xavier da Costa proibiu, por meio de uma portaria, o uso de capacetes dentro dos limites da cidade para condutores de motocicletas, contrariando o Código de Trânsito Brasileiro²⁰ e a resolução nº203 do CONTRAN²¹, que obrigam os condutores e os passageiros a utilizarem o capacete em todas as vias públicas.

O motivo da proibição, segundo notícia disponível na Folha Online, foi reduzir a violência, pois de acordo com o juiz: “O capacete funciona como uma máscara que impede que o condutor e o passageiro sejam identificados”²². Assim, mencionado magistrado orientou a polícia militar local a abordar os motociclistas que forem encontrados utilizando o capacete e avisar sobre a portaria judicial que ele baixou, que deve ser cumprida mesmo contrariando uma norma federal de segurança.

De acordo com referida notícia, o juiz entende que a medida que estipulou por meio da portaria tem legalidade apesar de contrariar uma resolução federal, conforme suas palavras: “Na minha interpretação, a proibição do uso do capacete é uma medida de

²⁰ Art. 54. Os condutores de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão circular nas vias:

I - utilizando capacete de segurança, com viseira ou óculos protetores;

²¹ Art. 1º É obrigatório, para circular nas vias públicas, o uso de capacete pelo condutor e passageiro de motocicleta, motoneta, ciclomotor, triciclo motorizado e quadriciclo motorizado.

²² SINDEMOSC. *Juiz proíbe uso de capacetes para inibir crime em Alagoas*. Disponível em: <http://www.sindemosc.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4894&Itemid=92>. Acesso em: 07 jun. 2010.

segurança pública e de abrangência local" ²³. Na portaria ainda estipula que as motocicletas devem circular numa velocidade de até 40 km/h em razão do condutor não poder usar o capacete, mas, como ressaltou a notícia, o outro veículo pode estar em alta velocidade e ocasionar um acidente com consequências graves da mesma forma.

Diante disso, uma pessoa envolvida em um acidente de motocicleta com lesões em razão da ausência de capacete poderia entrar com ação de indenização contra o Estado e possivelmente obteria êxito, pois seria obedecendo a uma “ordem” emanada de um agente público que as consequências do fortuito se agravariam.

Em casos como esse que se confunde a prevalência do interesse local para decidir quem deve legislar sobre a matéria, contudo restou claro que o município não deve contrariar leis e normas estaduais, muito menos, federais, pois existe uma ordem hierárquica entre elas que deve ser obedecida por força da Constituição Federal.

Bom, em fim, o que tem a ver a competência legislativa pertencente aos vereadores com a portaria estabelecida por um juiz? Teoricamente não deveria haver nenhuma relação, pois não é função constitucional do Poder Judiciário legislar, como já explicado anteriormente. Então, baseado em que autorização um juiz de uma comarca elabora uma norma de conduta por meio de uma portaria, como no caso dos capacetes e do toque de recolher, se nem os vereadores tem competência para legislar sobre a matéria?

Infelizmente não há como saber, porque, conforme analisado anteriormente, os magistrados não tem autorização para tal, pois dessa forma exercem competência pertencente a um Poder distinto²⁴ e deixam de ser imparciais, o que a Constituição procurou

²³SINDEMOSC. *Juiz proíbe uso de capacetes para inibir crime em Alagoas*. Disponível em: <http://www.sindemosc.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=4894&Itemid=92>. Acesso em: 07 jun. 2010.

²⁴Lembrando que existe a competência atípica, que significa que todos os poderes em algumas ocasiões exercem as três funções estatais para fiscalizar e evitar que se tornem completamente independentes desviando-se do objetivo comum, contudo, como o nome diz, é atípica, ou seja, para questões pontuais e não para casos gerais.

impedir para que haja a divisão nas funções dos Poderes e para que seja possível o exercício do Estado Democrático de Direito.

A falta de resposta coerente a essas perguntas demonstra que a maneira dos magistrados utilizarem portarias para estabelecer condutas que imperiosamente devem ser obedecidas, não encontra base normativa constitucional e, ainda mais, vai de encontro a ela.

Contudo, quanto à questão da vara da infância e da juventude, existe o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autoriza os juízes a disciplinar, através de portaria, a permanência de adolescentes em certos locais nele estipulados.

Porém, antes de prosseguir no esclarecimento da interpretação desse artigo é importante ressaltar o que a Constituição Federal diz sobre a diferença de idades. Assim, em seu artigo 3º, estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e em seu inciso IV diz ser um deles: “**promover o bem de todos, sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, **idade** e quaisquer outras formas de discriminação” (grifo nosso). Logo, promover o bem de todos se refere às crianças e aos adolescentes também. Diante disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estipula:

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**. (grifo nosso)

Além do mais, no artigo 15 do mesmo diploma legal foi novamente estabelecido que crianças e adolescentes possuem os mesmos direitos dos adultos, garantidos pela Constituição Federal e pelas leis: “A criança e o adolescente **têm direito** à liberdade, ao respeito e à dignidade **como pessoas humanas em processo de desenvolvimento** e como **sujeitos de direitos** civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. (grifo nosso)

Essas repetições constantes nos diplomas legais quanto aos direitos inerentes à população infanto-juvenil demonstram a importância que se deve dar ao fato de que crianças e adolescentes, hoje, são legalmente considerados sujeitos de direitos e não meros objetos de proteção, como antes eram vistos. Diante disso, Roberto João Elias declara:

Percebe-se, no Estatuto, uma série de repetições, que, a nosso ver, têm o condão de dar ênfase aos direitos da criança e do adolescente, se bem que isso não seja o suficiente para garanti-los. Todavia, mais uma vez, é preciso deixar claro que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e jamais devem ser tratados como objeto.²⁵

Dessa forma, as garantias e os princípios constitucionais também alcançam crianças e adolescentes, sem qualquer distinção ou discriminação. Logo, voltando ao início da discussão, o princípio da legalidade vale para essa categoria de indivíduos, pois não deve haver distinção no tratamento de direitos fundamentais em relação a qualquer grupo de pessoas.

Assim, mesmo o magistrado que lida com jovens em situação peculiar de desenvolvimento, ou seja, pessoas naturalmente dependentes de uma pessoa adulta e responsável, tem que agir em conformidade com o princípio da legalidade e não deve usar essa questão da dependência natural como desculpa para interpretar as leis de forma arbitrária sem respeitar seus direitos.

Em razão disso, com a intenção de preservar a imparcialidade e restringir a subjetividade que era inerente aos juízes das varas da infância durante a vigência do antigo Código de Menores²⁶, em que a população infanto-juvenil vivia sob o denominado paradigma

²⁵ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.16.

²⁶ O Código de Menores era o conjunto de normas relativas às crianças e adolescentes antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente.

da situação irregular²⁷, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulariza qual a forma e a matéria que podem ser estipuladas por portarias judiciais.

Assim, o artigo 149 do Estatuto estipula a competência administrativa da autoridade judiciária, regulamentando como e quando as portarias e os alvarás devem ser elaborados para autorizar a permanência de jovens menores de 18 anos em certos locais quando desacompanhados dos pais ou responsáveis:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

a) os princípios desta Lei;

- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;

e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;

f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral. (grifo nosso).

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

Portarias são atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam os particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.²⁸

²⁷ O paradigma da situação irregular era a forma como os diplomas legais e, conseqüentemente, as autoridades públicas e a sociedade viam os menores de 18 anos antes da homologação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Esse paradigma será estudado profundamente num capítulo a parte juntamente com o paradigma da proteção integral, em razão da grande importância deles.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.188.

Dessa forma, por sua natureza, a portaria judicial não é mecanismo legal correto para disciplinar sobre as condutas dos cidadãos, porém, mesmo com esse entendimento e havendo divergências sobre a legalidade desse tipo de utilização do instrumento, o ECA estipulou a matéria autorizando o juiz a baixá-las.

Logo, essa autorização para elaborar portarias deve ser limitada, visto que existe crítica sobre disciplinar inclusive as situações enumeradas no mencionado artigo do Estatuto, porque, como discutido anteriormente, o juiz não tem poder normativo, assim, sua atuação deveria se restringir apenas a expedição de alvarás.

Contudo, há entendimento de que o artigo 149 seja apenas uma forma de disciplinar o acesso de crianças e adolescentes em espetáculos e certames, conforme o doutrinador Roberto João Elias:

Não se delega, propriamente, ao juiz uma função legislativa, porém, **dentro dos limites da legislação específica**, se lhe concede um certo arbítrio para que possa, por meio de portarias e alvarás, disciplinar ou autorizar o ingresso de crianças e adolescentes em **determinados locais** e a sua participação em espetáculos e certames.²⁹ (grifo nosso)

Diante disso, mesmo seguindo o entendimento de que o juiz da vara da infância teria certa competência para criar portarias nos casos elencados, apesar da discussão sobre a legalidade dessa atribuição, o juiz não está autorizado a estipular medidas de caráter geral e sim, apenas, nas situações previstas legalmente, ou seja, o rol elencado no artigo 149 do ECA é taxativo, pois de outra forma estaria se concedendo aos magistrados competência para legislar indefinidamente por meio de um instrumento administrativo, quando deveria haver um processo legislativo.

É nesse sentido que o desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva menciona que:

²⁹ELIAS, Roberto João. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.173.

Não é do judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo.

Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Julga os comportamentos frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição a outra órbita.³⁰

Assim, a razão de entender que a elaboração de portarias seria uma atribuição excepcional, além da explicação dada, existe o § 2º do próprio artigo 149 do Estatuto, que determina que as medidas adotadas por meio de portarias e alvarás devem ser fundamentadas, caso a caso, proibidas as determinações de caráter geral.

Dessa forma, quanto à fundamentação, entende-se que é obrigação do magistrado expor claramente os motivos da proibição para cada caso elencado no mencionado artigo, isso em obediência, primeiro, ao princípio do contraditório, depois em razão do artigo 199, do mesmo diploma legal, estipular o recurso de apelação como instrumento para recorrer das medidas disciplinadas pelas portarias: “Art.199 Contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação.”

Além disso, no § 1º do mesmo artigo 149 diz que a autoridade judiciária, ao elaborar as portarias, deve levar em consideração os princípios do Estatuto da Criança e de Adolescente, que estão elencados, alguns, nos artigos 1º, 3º e 4º do mencionado diploma legal:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente.

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.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, **a efetivação dos direitos** referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, **à liberdade** e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

³⁰CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.477.

A “Proteção Integral” a que se refere o artigo 1º, é o nome do paradigma em que o ECA foi elaborado, também conhecido como “Interesse Superior da Criança”, e foi introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em substituição ao paradigma da situação irregular.

A compreensão da diferença entre esses paradigmas, que serão analisados com maior profundidade em um capítulo a parte devida sua importância e complexidade, é de extrema importância, pois são utilizados como base para elaboração dos ordenamentos jurídicos que tratam da matéria de infância e juventude. No Brasil, vigora o paradigma da proteção integral desde a entrada em vigor do ECA e a assinatura e homologação da Convenção Internacional mencionada, a qual estipula:

ARTIGO 2

1. **Os Estados Partes respeitarão os direitos** enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
2. **Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança** contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

ARTIGO 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

ARTIGO 16

1. **Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais** em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados. (grifo nosso)³¹

Assim, não restam dúvidas de que são garantidos às crianças e adolescentes os direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano e que também não podem ser objetos de interferências arbitrárias. Isso porque os juízes lidavam com esses jovens da maneira como “bem entendiam”, pois deveriam agir como um bom pai de família. Contudo, o novo paradigma veio exatamente para mudar a forma de ver e lidar com a infância e a juventude e diminuir drasticamente essa atitude subjetiva que não exigia nem fundamentação das medidas adotada pelos magistrados.

Dessa forma, a maneira como os juízes de várias comarcas brasileiras estão proibindo a permanência de jovens menores de 18 anos nas ruas depois de certos horários por meio de portarias, não está de acordo com o artigo 149 do ECA, pois a proibição se estende a vários lugares, os quais não estão expressamente elencados no referido artigo, que, conforme analisado, possui um rol taxativo, e, ainda mais, a proibição é genérica, bastando estar configurada a situação de risco, vejamos:

Portaria 03/2009 comarca de Fernandópolis-SP

RESOLVE:

[...]

2. Encaminhar cópias desta Portaria para a Polícia Militar, para a Polícia Civil e para o Conselho Tutelar, **determinando, conforme as considerações que fundamentam este ato judicial, a continuidade, a permanência e a regularidade das operações para recolhimento das crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsável, em situação de risco[5], principalmente durante a noite e a madrugada**, respeitando-se, obviamente, no quesito organização, o comando de cada corporação e a disponibilidade do Conselho Tutelar, sem deixar de ressaltar, nesse ponto, as considerações desta portaria, especificamente, as de números 5, 6 e 8;

[5] Por exemplo, ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, exposição à prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som de alto volume, propagado por veículos particulares ou estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco, como nos exemplos acima, mormente se presentes nas ruas, calçadas,

³¹BRASIL. *Decreto N° 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 02 set. 2010.

estabelecimentos comerciais como bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas, shopping da cidade de Fernandópolis e das cidades da Comarca.³²

Portaria 02/2009 comarca de Ilha Solteira-SP

RESOLVE:

[...]

Artigo 3º- Independem de alvará as festas e bailes noturnos, promovidos por associações ou agremiações, desde que sem venda pública de ingressos ou convites e restrito aos sócios, associados ou seus convidados, ou seja, nos eventos em que haja controle, pelos organizadores, do seu público freqüentador. [...]

Parágrafo 2º – Apenas será permitida a permanência de crianças e adolescentes em eventos onde haja venda de bebidas alcoólicas (bailes, *matinês*, festas a fantasia, festas da camiseta, bailes do Hawái ou qualquer outra reunião dançante, boates, casas de forrós ou qualquer outro gênero dançante em que haja acesso irrestrito do público, seja gratuito ou não, os Rodeios ou Festas de Peão, Concurso de Rainha e Princesa do Rodeio, FAPIC, MOTO FEST), independentemente do local onde ocorre este tipo de lazer, desde que as crianças e adolescentes estejam acompanhados do responsável.

Parágrafo 3º – Nos eventos a que se refere o parágrafo anterior, crianças e adolescentes com até 14 anos de idade poderão permanecer até às 24 horas; acima de 14 anos e abaixo de 16 anos, até às 2 horas; dos 16 anos até abaixo dos 18 anos, não há restrição de horário, desde que, em todas as situações, estejam, eles, devidamente acompanhados dos responsáveis.

Parágrafo 4º – Não será permitido o ingresso e a permanência de menores nos eventos em que houver distribuição gratuita (“Open Bar”), mesmo que momentânea ou temporariamente, de bebidas alcoólicas, ainda que as crianças e adolescentes estejam acompanhados de responsáveis. [...] ³³
(grifos no original)

Assim, essas portarias parecem não refletir os princípios e normas que estão estipulados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos demais diplomas legais brasileiros, em que todo ato do Estado deve estar baseado na premissa do Estado Democrático de Direito.

³²PELARIN, Evandro. Portaria nº3/2009, comarca de Fernandópolis-SP. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-32009-do-juiz-da-1%C2%AA-vara-criminal-e-do-anexo-da-infancia-e-da-juventude-de-fernandopolis/>>. Acesso em: 05 nov. 2009.

³³LIMA, Fernando Antônio de. Portaria nº 2/2009, comarca se Ilha Solteira-SP. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-da-comarca-de-ilha-solteira>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

1.2 Comentário quanto à posição do Conselho Nacional de Justiça em relação às portarias que estipulam o toque de recolher

O Conselho Nacional de Justiça foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, para cumprir o disposto no artigo 103-B³⁴ da Constituição Federal, com redação dada pela emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

O CNJ é um órgão do Poder Judiciário que tem sede em Brasília/DF, com atuação em todo território nacional. Mediante ações de planejamento visa à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça e é composto por quinze membros com mandato de dois anos, permitida uma recondução.³⁵

De acordo com as informações prestadas pelo próprio órgão, por meio de seu site institucional, sua missão é: “Contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade” e suas diretrizes em linhas gerais são: “Planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias; modernização tecnológica do Judiciário; ampliação do acesso à justiça,

³⁴ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009)

II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

³⁵ CNJ. *O que é o CNJ*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8850&Itemid=1052>. Acesso em: 12 set. 2010.

pacificação e responsabilidade social; garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais”.³⁶

O Conselho também possui uma função correicional que abrange todo o território nacional, podendo atrair processos que tramitam nas corregedorias dos tribunais e, quanto às sanções, se limita em aplicar a perda do mandato de magistrados.³⁷

A coordenação do CNJ é dividida em três funções principais: Plenário, composto pelos 15 conselheiros, que são responsáveis por realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, julgando os processos junto ao CNJ; Presidência, exercida pelo Presidente do STF, com a atribuição de presidir as seções plenárias, administrar e controlar as atividades do Conselho e seus servidores; e a Corregedoria Nacional de Justiça, coordenada pelo ministro indicado pelo STF, quem tem como função receber as reclamações e processar as sindicâncias relativas à atuação de magistrados e tribunais, serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro.³⁸

Dessa forma, como é função do CNJ fiscalizar a atividade judicial em todo território nacional, em setembro de 2009, a questão das portarias que estipulam o toque de recolher foi analisada em alguns Procedimentos de Controle Administrativo (PCA) dentro da esfera do CNJ. Dois dos procedimentos foram a favor da manutenção da medida, cujo voto do conselheiro Ives Gandra Martins Filho prevaleceu. Outro PCA fora proposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o juízo da Infância e da Juventude da Comarca de Patos de Minas/MG, com o objetivo de apurar a ilegalidade da Portaria nº 003/2009 baixada pelo magistrado do mencionado juízo, nos moldes do toque de recolher.

³⁶CNJ. *O que é o CNJ*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8850&Itemid=1052>. Acesso em: 12 set. 2010.

³⁷TERRA DE DIREITOS. *Sabia mais o que é e como funciona o CNJ*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/sabia-mais-o-que-e-e-como-funciona-o-cnj/>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

³⁸Ibidem.

Neste PCA, por maioria de votos, os conselheiros consideraram ilegal a referida portaria, prevalecendo o voto divergente apresentado pelo conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira, contrariando o voto do relator, conselheiro ministro Ives Gandra Martins Filho.

Na justificativa do voto do conselheiro Jorge Hélio, constava que era favorável a suspensão da portaria, visto que a considerou ilegal, pois entendeu que o juiz de Patos de Minas não tem competência para editar norma com força de lei mesmo com o que estipula o artigo 149 do ECA, visto que o § 2º do referido artigo limita essa autorização, estipulando que não pode ser de caráter geral e deve ser fundamentada caso a caso. Acrescentou ainda: “A portaria, como ato administrativo deve se referir a questões específicas, pontuais e concretas. E não, como neste caso, atingir um público generalizado”.³⁹

No período de julgamento desse PCA, o mencionado conselheiro informou que o Conselho estudaria a possibilidade de editar uma resolução que determinasse a ilegalidade das portarias emitidas pelas Varas da Infância dos vários municípios brasileiros.

Porém, em novembro de 2009, em sessão plenária, o CNJ decidiu não tomar conhecimento das referidas portarias e os conselheiros determinaram que o assunto deve ser analisado pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ. A intenção era estabelecer regras para as Corregedorias dos Tribunais de Justiça, possibilitando o acompanhamento da implementação e prática da referida medida.

O ministro Ives Gandra Martins Filho, conselheiro relator da matéria explicou que "Não cabe ao CNJ atuar diretamente nessa matéria, mas estabelecer parâmetros

³⁹CNJ. *CNJ suspende toque de recolher em Patos de Minas (MG)*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8517:cnj-suspende-toque-de-recolher-em-patos-de-minas-mg&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 09 mar. 2010.

gerais que sirvam para que cada Tribunal de Justiça verifique se o juiz está estabelecendo regras gerais ou resolvendo um problema específico".⁴⁰

Contudo, até o momento, não há notícias da elaboração dessas regras para orientar as corregedorias, o que faz com que o toque de recolher continue a ser aplicado e implementado em tantos municípios brasileiros.

É proveitoso observar que órgãos interessados no assunto, como o CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), algumas promotorias, alguns juízes da infância e outros, se manifestaram contrários à medida e não se mantiveram numa zona de neutralidade.

Alguns pontos de discordância que se encontram no parecer do CONANDA em relação às portarias que estipulam o toque de recolher são:

- 3) **O procedimento contraria a Doutrina da Proteção Integral, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em vigor no Brasil** por meio da Lei 8.069 de 1990 (ECA) e a própria Constituição Federal Brasileira, tendo em vista a violação do direito à liberdade. A apreensão de crianças e adolescentes está em desconformidade com os requisitos legais por submeter crianças e adolescentes a constrangimento, vexame e humilhação (arts. 5 e 227 da CF e arts. 4, 15, 16, 106, 230 e 232 do ECA). **Volta-se a época em que crianças e adolescentes eram tratados como “objetos de intervenção do estado” e não como “sujeitos de direitos”. A medida significa um retrocesso, tendo em vista que nos remete à Doutrina da Situação Irregular do revogado Código de Menores e a procedimentos abusivos como a “Carrocinha de Menores” e outras atuações meramente repressivas executadas por Comissariados e Juizados de Menores;**
- 4) Em muitos casos, a atuação dos órgãos envolvidos no Toque de Recolher denota caráter de limpeza social, perseguição e criminalização de crianças e adolescentes, sob o viés da suposta proteção;
- 5) **Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA.** Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em geral. No mesmo sentido, por que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em

⁴⁰CNJ. *Toque de recolher: comissão do CNJ vai analisar regras para edição de portarias*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9263:toque-de-recolher-comissao-do-cnj-vai-analisar-regras-para-edicao-de-portarias-&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 09 mar. 2010

casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?

[...]

10) Conforme os motivos acima elencados, o Toque de Recolher contraria o ECA e a Constituição Federal. **É uma medida paliativa e ilusória, que objetiva esconder os problemas no lugar de resolvê-los.** As medidas e programas de acolhimento, atendimento e proteção integral estão previstas no ECA, sendo necessário que o Poder Executivo implemente os programas; que o Judiciário obrigue a implantação e monitore a execução e que o Legislativo garanta orçamentos e fiscalize a gestão, em inteiro cumprimento às competências e atribuições inerentes aos citados Poderes.⁴¹(grifo nosso)

Assim, sabendo que é atribuição do CNJ fiscalizar e aplicar sanções aos órgãos do Poder Judiciário que deixam de cumprir suas funções ou as ultrapassam, deveria tomar alguma atitude ou manifestar certa posição quanto ao tema.

A implantação do toque de recolher por meio de portarias judiciais é um exemplo de abuso de atribuições e, de acordo com normativa brasileira, principalmente o ECA, as crianças não podem mais ser meros objetos de intervenções arbitrárias que impeçam de usufruir de seus direitos constitucionalmente garantidos. Dessa forma, de acordo com o artigo 5º do referido diploma legal: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, **punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.**” (grifo nosso)

O CNJ está se mantendo inerte diante de uma medida que fere diretamente direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e, de acordo com o artigo 3º da CF, não deve haver qualquer tipo de discriminação em relação a sua efetivação e proteção.

Cabe ainda ressaltar que, o artigo 60 da Carta Magna Brasileira, que trata sobre as hipóteses de emenda à constituição, em seu § 4º, proíbe que uma Emenda Constitucional suprima direitos e garantias individuais. Diante disso, se uma EC não pode abolir a fruição de uma garantia constitucional, como uma portaria judicial teria capacidade

⁴¹MPDFT. *Conanda se posiciona contra toque de recolher*. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010

de fazê-lo?⁴² Se isso não é abuso de autoridade e poder suficiente para que o CNJ intervenha na questão, para a dúvida sobre em que hipóteses se configurará.

1.3 Crianças e adolescentes e a liberdade de ir, vir e estar

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, como mencionado, estipula como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação, e no artigo 5º, *caput*, diz que os direitos fundamentais nele elencados são garantidos a todos⁴³, visto que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção.

Diante disso, o artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴ preceitua, novamente, direitos e garantias individuais e tutela a cidadania, com o objetivo de enfatizar a percepção desses direitos em relação à infância, que hoje é sujeita de direitos e não objeto de proteção. Essa norma do artigo 15, conforme José Afonso da Silva, tem o propósito de ser programática⁴⁵, pois estabelece princípios que emanam diretamente da Constituição⁴⁶.

Os direitos à liberdade, respeito e dignidade, que se encontram na intitulação do capítulo em que se encontram os artigos 15 ao 18 do ECA, são direitos básicos e

⁴²Não se pretende dizer que existem direitos absolutos, porém existem formas específicas para restringir direitos exatamente para que o Estado, que se declara Democrático e de Direito, não se torne um Estado autoritário e ditatorial.

⁴³Os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CF, são garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil.

⁴⁴Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁴⁵ As normas programáticas são "... aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado" (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3, pág. 371. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080707084744444>. Acesso em: 14 set. 2010.)

⁴⁶SILVA, José Afonso da. *Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade*. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 60.

inerentes ao Estado Democrático de Direito, ao qual o Brasil é partidário, conforme o artigo 1º da CF.

Os artigos 16 ao 18 do mencionado estatuto, têm a intenção de discorrer sobre esses tipos de direitos, porém não abrangem todo o respectivo conteúdo, pois de acordo com José Afonso, o legislador quis apenas explicitar os aspectos de maior relevância para a criança e o adolescente. Logo, a enumeração é exemplificativa e não taxativa, porque na própria CF declara que as garantias nela constantes não excluem outros direitos⁴⁷, conforme redação do §2º, do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta 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.”

Liberdade tem vários sentidos em razão das diversas atividades do ser humano, porém os mais comuns e utilizados são aqueles que denotam o sentido externo, a liberdade objetiva.

Um conceito bem interessante de liberdade pode ser encontrado no dicionário Michaelis, que é: “Isenção de todas as restrições, exceto as prescritas pelos direitos legais de outrem”⁴⁸. Em relação às crianças e adolescentes seus direitos de liberdade podem ser restringidos não apenas em razão do direito do outro, mas em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, contudo também devem ser prescritos legalmente.

Em razão disso, o ECA⁴⁹ estipula várias restrições ao deslocamento de crianças e adolescentes como ter acesso apenas às diversões públicas adequadas para a faixa etária; não podem viajar para fora da comarca onde residem sem autorização dos pais ou responsáveis; não podem situar-se em locais que explorem jogos e apostas, e outros.

⁴⁷SILVA, José Afonso da. *Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade*. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

⁴⁸MICHAELIS, Dicionário. Disponível em: <<https://intranet.mpdft.gov.br/dicionario/>>. Acesso em: 14 set. 2010.

⁴⁹ Artigos 75, 80 e 83 do ECA, respectivamente.

No artigo 106⁵⁰ do referido estatuto garante que o adolescente⁵¹ somente pode ser privado de sua liberdade quando surpreendido em flagrante de ato infracional⁵² ou por decisão fundamentada de autoridade judiciária. Diante disso, preceitua Péricles Prade:

Como o *caput* do artigo 106 se subsume à moldura constitucional (art.5º, LXV), deve-se levar em consideração que o adolescente, salvo nas hipóteses elencadas, tem plena segurança no tocante à sua liberdade e direitos, sem sofrer constrangimentos. **Tem, assim, a liberdade protegida contra a apreensão, excepcionando-se com exclusividade aquelas restrições, por força da atuação legítima do Estado na defesa da sociedade que vê desrespeitadas as mais elementares normas de convivência.**⁵³(grifo nosso)

Dessa forma, se demonstra que não é legalmente possível restringir de forma arbitrária ou discricionária a liberdade de crianças e adolescentes, posto que é uma garantia fundamental e, como com os adultos, para restringi-la é necessário que se dê na forma prevista em lei.

A questão é que os juízes das Varas da Infância e da Juventude de vários municípios brasileiros, parecem entender de forma diversa o que estipula o artigo 149 do ECA, como já mencionado no presente trabalho. Assim, interpretando o referido artigo de maneira diversa do que preceituam os princípios democráticos e a doutrina da proteção integral, esses magistrados estão trocando a liberdade por uma pretensa segurança. A questão é que, ao fazerem isso, estão impulsionando uma expansão do poder punitivo estatal, conforme menciona Maria Lúcia Karam.⁵⁴

⁵⁰Art. 106. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

⁵¹Somente o adolescente pode ser privado de sua liberdade em razão do artigo 106 do ECA, este considerado todo indivíduo entre 12 e 18 incompletos.

⁵²Ato infracional é a conduta do adolescente, que considerado penalmente inimputável, se amolda a um tipo penal estipulado como crime ou contravenção.

⁵³PRADE, Péricles. *Dos direitos individuais*. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 338.

⁵⁴KARAM, Maria Lúcia. *Estado penal, novo inimigo interno e totalitarismo*. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATOS, Virgílio de (Org.). *Estudos de execução criminal: direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. p. 127.

A autora segue reforçando uma menção de Nils Christie, afirmando que: “O maior perigo da criminalidade, nos tempos atuais, é sim de que o pretexto da repreensão ao crime acabe por conduzir todas essas sociedades (contemporâneas) ao totalitarismo” e que “... substituir a liberdade por segurança, na realidade, significa substituir a democracia pelo totalitarismo”.⁵⁵

Maria Lúcia explica que ao trocar a liberdade por segurança, perde-se a liberdade e não se conquista a segurança, pois quando isso acontece a sociedade está negando vigência aos direitos fundamentais e rejeitando os fundamentos da democracia⁵⁶.

Porém, uma não sobrevive sem a outra, visto que, de acordo com Zygmunt Bauman: “A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança.”⁵⁷, explicando em seguida que segurança sem liberdade é como escravidão e liberdade sem segurança é como estar perdido e abandonando.

Então, deve-se buscar a melhor forma para que esses dois valores sobrevivam nas sociedades contemporâneas, visto que necessários e primordiais. Contudo, precisa-se entender, conforme Bauman, que eles não serão perfeitamente ajustados, mas que não se deve deixar de buscá-los, pois “... são valores igualmente preciosos e desejados, que podem ser bem ou mal equilibrados, mas nunca inteiramente ajustados e sem atritos” e que “Nunca seremos humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos.”⁵⁸

Em razão disso que, na exposição de Maria Lúcia Karam, se deve preferencialmente escolher a liberdade, pois é a bandeira principal da democracia, que

⁵⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Estado penal, novo inimigo interno e totalitarismo*. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôrres; MATOS, Virgílio de (Org.). *Estudos de execução criminal: direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. p. 127.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.24.

⁵⁸ Ibidem, p.10 e 11.

propulsiona todo seu aparato de princípios e garantias individuais, visto que é inerente à dignidade.⁵⁹

⁵⁹KARAM, Maria Lúcia. *Estado penal, novo inimigo interno e totalitarismo*. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATOS, Virgílio de (Org.). *Estudos de execução criminal: direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009. p. 128.

CAPÍTULO II

A DOCTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Atualmente, no Brasil, está em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, ordenamento jurídico em que os jovens menores de 18 anos são vistos como sujeitos de direitos, visto que à infância e juventude são garantidos, com prioridade, todos os direitos estipulados na Constituição Federal e adquiridos nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Porém, antes não era dessa forma, crianças e adolescentes eram apenas objetos de proteção. Não havia uma lei para a infância, havia apenas normas jurídicas para os jovens abandonados ou envolvidos com a delinquência juvenil, com os quais a sociedade não sabia como lidar e, por isso, eram encaminhados à justiça, conhecida como Tribunal de Menores.

2.1 Construção da doutrina da proteção integral

Na América Latina, de acordo com Emílio Garcia Mendez, o tratamento jurídico diferenciado, voltado para crianças e adolescentes, começou a ser implantado nas primeiras décadas do século XX. Até a primeira lei específica ser criada na Argentina, a única diferença normativa se encontrava nos códigos penais retribucionistas vigentes no século XIX. No geral, essa especificidade se limitava em reduzir a pena do menor em 1/3, ou seja, eram apenas leis relativas a autores de delitos com idade inferior a 18 anos. Existiam poucas e insignificantes leis de caráter civil. A criança que era proprietária deveria resolver seus

conflitos como um adulto. A origem da especificidade jurídica da infância era de natureza estritamente penal.⁶⁰

A doutrina da situação irregular, como é chamado o conjunto de idéias e princípios que serviam de base para a criação das normas relativas à infância antes da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁶¹, via os indivíduos com menos de 18 anos como mero objeto de compaixão e repressão, obrigados a aceitar o tratamento imposto. De acordo com Roberto da Silva⁶², essa doutrina é uma construção doutrinária do Instituto Interamericano del Niño⁶³, órgão da Organização dos Estados Americanos.

Na situação irregular não há diferença na forma de lidar com o adolescente infrator ou com o adolescente abandonado, nas duas situações, de infração e abandono, os jovens recebiam tratamento igual.

De acordo com García Mendez, para superar a situação irregular é importante perceber que a infância não deve ser considerada uma realidade ontológica, pré-estabelecida, que independe do contexto histórico e cultural em que está inserida, pois a infância é uma construção social com origem no século XVII, em que apenas desde então se

⁶⁰GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. México: UNICEF, 2001. p.17.

⁶¹A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes em todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. (WIKIPÉDIA. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Internacional_sobre_os_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 26 ago. 2010).

⁶²SILVA, Roberto da. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. p.293. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

⁶³Instituto Interamericano da Criança (com sigla IIN do espanhol *Instituto Interamericano del Niño*) é um organismo internacional encarregado de promover o bem-estar da maternidade e da infância nos países americanos. Foi criado a 9 de junho de 1927 por iniciativa do pediatra uruguaio Luis Morquio e reconhecido como organismo especializado da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1949. Seu nome primitivo era Instituto Internacional Americano de Proteção à Infância (*Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia*), entre os anos 1927 e 1962. Sua direção-geral tem por sede Montevidéu, no Uruguai. Seus objetivos são zelar pelos Direitos da Criança, tanto a nível de aprovação das convenções, como assessora em medidas legislativas e de política social entre os estados-membros. Presta assessoramento técnico e promove a divulgação dos direitos da criança (WIKIPÉDIA. *Instituto interamericano da criança*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Internacional_sobre_os_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 20 ago. 2010).

tem conhecimento da existência histórica da criança como uma categoria diferente dos adultos.⁶⁴

Com essa pré-concepção ontológica que existia sobre a infância, a criança passou a ser vista na consciência social como alguém totalmente incapaz e sem autonomia, o que proporcionou a elaboração de uma cultura jurídica social que impôs a necessidade de proteção para superar sua incapacidade. A partir de então, começou a surgir as concepções da doutrina da situação irregular.

Havia uma divisão de crianças e adolescentes nessa doutrina: aqueles que tinham apoio familiar e escolar para sua proteção e socialização eram vistos como crianças, aqueles abandonados pela família e escola, que para sua proteção necessitavam dos cuidados de uma instância especial, conhecida como tribunal de menores, eram os menores⁶⁵.

García Mendez entende a criação desses tribunais de menores como o início dessa divisão entre crianças e menores, pois a visão da infância separada dos adultos, necessitando de proteção privilegiada e especial, tornou os jovens objeto de um processo de proteção e repressão, em que foram outorgadas funções preponderantes a esses tribunais, tornando-os o órgão responsável pela administração dessa proteção especial. Os tribunais de menores ignoravam a justiça ao substituí-la pelo bem-estar do menor sem considerar seus direitos humanos.

A criação dos tribunais de menores, para o doutrinador Lopez Rey, se deu em razão dos movimentos humanitários existentes à época, que não suportavam mais a equiparação das crianças e adolescentes com os adultos quando submetidos aos trabalhos industriais, a brutalidade do sistema penal e ao cárcere e esse era o quadro que impulsionou a

⁶⁴ GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2.ed. México: UNICEF, 2001. p.69.

⁶⁵ Herança da forma de lidar com a infância decorrente da antiga doutrina do direito do menor.

movimentação da sociedade, resultando na organização de uma jurisdição especial, voltada para assistência e educação, distinta da jurisdição do Direito Penal.⁶⁶

Nesse contexto, conforme o mencionado autor, surgiu o conceito de delinquência juvenil separado da criminalidade adulta, que tinha as causas da delinquência explicadas em função da frustração, repulsa, tensão, privação de amor maternal e paternal, lar desfeito, falta de maturidade, desadaptação e outros. Essas explicações colocavam o menor no eixo central do problema, desprezando a importância de se considerar a sociedade. Assim, esse tipo de abordagem reforçava a idéia de que o menor vive num “mundo diferente” do adulto e que, por isso, deveria ser julgado por sistema diferente, baseado no bem-estar do menor.

Dessa forma, o conceito de delinquência juvenil na doutrina da situação irregular se tornou vago e amplo, colocando as condutas delitivas e as não-delitivas na mesma categoria, pois seu conceito se referia a toda e qualquer forma de conduta juvenil desadaptada e indesejável. Como exemplifica o autor, com o conceito dado no Comitê sobre a Delinquência Juvenil, em Melbourne, 1956: “[...] é a conduta resultante de um fracasso do indivíduo em adaptar-se às demandas da sociedade em que vive.”⁶⁷

Após algum tempo, nos congressos internacionais, começou a ganhar destaque a recomendação de criar conceitos diferentes de desadaptação e delinquência, mostrando que os menores considerados delinquentes eram diferentes dos menores que não possuíam família.

⁶⁶LOPEZ-REY, Manuel apud CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth; PRADO, Geraldo. *A polícia diante da infância e da juventude: infração e vitimização*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Editora Bastos, 2000. p.10.

⁶⁷Ibidem, p.11.

No Código de Menores brasileiro de 1979, foi adotada essa divisão entre a situação de abandono e a de infração, contudo, como ambos se enquadravam em “situação irregular”⁶⁸, eram tratados da mesma forma.

De acordo com García Mendez, a doutrina da situação irregular significou legitimar a ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade, pois definindo os menores em situação irregular, retiravam-se as deficiências das políticas públicas optando por soluções individuais que privilegiavam a institucionalização ou a adoção. Na prática, a doutrina da situação irregular negou todas e cada uma de suas funções declaradas e mostrou eficiência na criação de um mito sobre a excelência de seus ideais, porém, desvirtuados na prática.⁶⁹

Em 20 de novembro de 1989, foi assinada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pela Resolução 44/25 da Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual rejeitou a doutrina da situação irregular e oficializou a admissão internacional da doutrina da proteção integral. O governo brasileiro ratificou integralmente a referida convenção em 24 de setembro de 1990, promulgando em seguida o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A doutrina da proteção integral aparece representada por quatro instrumentos normativos internacionais básicos: A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil

⁶⁸ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III - em perigo moral, devido a:
a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI - autor de infração penal.

⁶⁹ GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2.ed. México: UNICEF, 2001. p.23.

(Regras de Beijing), As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade e As Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

A convenção não foi o primeiro instrumento que procurou ver crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mas é o mais importante, pois foi o marco principal de interpretação de toda a normativa relacionada. De acordo com García Mendez, o termo “doutrina da proteção integral dos direitos da infância” faz referência a um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter internacional que expressam um salto qualitativo fundamental na consideração social da infância.⁷⁰

Na Declaração dos Direitos da Criança, em 1924, promovida pela Liga das Nações em Genebra, foi a primeira vez que se expôs a preocupação de reconhecer direitos às crianças e adolescentes. Contudo, foi em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que se enunciou pela primeira vez a doutrina da proteção integral. Porém, durante o 8º Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (Genebra, 1959), posicionou-se em sentido contrário: que não era função do Poder Judiciário assegurar às crianças direitos tão amplos, como direito ao nome ou à nacionalidade.

Assim, com a ratificação da mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança, a doutrina da situação irregular foi substituída pelo novo paradigma da doutrina da proteção integral. Essa nova doutrina revolucionou a forma de entender e lidar com a infância, pois, por meio dela, deixou-se de ver crianças e adolescentes como mero objeto de proteção e repressão para vê-los como sujeitos de direitos, que merecem especial atenção e cuidado em razão da sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento⁷¹.

⁷⁰GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. México: UNICEF, 2001. p.76.

⁷¹O Estatuto da Criança e do Adolescente estipula logo no primeiro artigo sobre o que vai se tratar toda lei: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Desde o preâmbulo, a convenção reconhece a criança como sujeita dos direitos conquistados nos tratados internacionais⁷², visto que neles consta que não deve haver distinção de qualquer natureza para impedir a efetivação dos direitos e liberdades neles estipulados:

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que **toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza**, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição; Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a **infância tem direito a cuidados e assistência especiais**; (grifo nosso)⁷³

No artigo 4º da mencionada convenção sobre os direitos da criança, com a intenção de efetivar os direitos nela reconhecidos, os Estados Partes deverão adotar todas as medidas necessárias:

ARTIGO 4

Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. (grifo nosso)⁷⁴

Esse artigo esclarece ainda mais a importância que se pretendeu dar à garantia dos direitos humanos às crianças, pois sua efetivação deve ser prioridade para os governos, visto que devem adotar todas as medidas administrativas, legislativas ou outras,

⁷²Os tratados são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (no caso essa é apenas uma declaração, não tem força de tratado), o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e outros, conforme encontra-se no preâmbulo da convenção: “Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.”

⁷³BRASIL. *Decreto N° 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 02 set. 2010.

⁷⁴Ibidem.

para concretizar os direitos reconhecidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Alguns exemplos de direitos reconhecidos na convenção que devem ser garantidos às crianças, são: direito a possuir um nome, de não ser separado dos pais sem um processo judicial, a liberdade de expressão, crença, associação e de realizar reuniões pacíficas, de não ser objeto de interferência arbitrária ou ilegal à sua vida particular e outras garantias.⁷⁵

Assim, a nova doutrina não se preocupa apenas com o menor em situação irregular, mas sim com a proteção integral de todas as crianças e adolescentes, pois conforme Roberto João Elias:

A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim sendo, às crianças e aos adolescentes devem ser prestadas a assistência material, moral e jurídica.⁷⁶

Portanto, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, passou-se a entender que os direitos humanos conquistados em tratados internacionais, reconhecidos e implementados na maioria das Constituições Federais⁷⁷, não garantem apenas aos adultos os direitos neles estipulados, mas que, na verdade, quando se menciona que não deve haver distinção de qualquer natureza, se quis dizer que crianças e adolescentes também são seres humanos, logo, estão incluídos como sujeitos de direitos.

2.2 História e contexto brasileiro que proporcionaram a mudança para a doutrina da proteção integral

Em 1979, no Brasil, entrou em vigor o Código de Menores, que oficializou a doutrina da situação irregular, porém antes havia outra forma de lidar com a infância que, de

⁷⁵ Esses direitos se encontram estipulados, respectivamente, na convenção, nos seguintes artigos: 7, 9, 12, 13, 14, 15 e 16.

⁷⁶ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.2.

⁷⁷ Na maioria das Constituições Federais dos países ocidentais.

acordo com Roberto da Silva, ficou conhecida como “Doutrina do Direito do Menor”. Essa doutrina foi estipulada no primeiro “Código dos Menores”, que entrou em vigor em 1927⁷⁸. Este código era uma consolidação da legislação a respeito de crianças emanada de Portugal⁷⁹, Império e República, o qual atuava sobre o que se chamou de “efeitos da ausência”, que consistia em entregar ao estado a tutela dos órfãos, dos abandonados e daqueles que os pais fossem presumidos como ausentes.

As crianças que estavam inseridas em famílias consideradas padrão, dentro dos moldes socialmente aceitos, tinham seus direitos civis garantidos pelo Código Civil Brasileiro, sem mudanças relevantes quanto a sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, o descumprimento das obrigações estipuladas aos pais pelo então Código Civil e o comportamento anti-social por parte da criança, justificavam a transferência da tutela dos pais para o juiz, logo, do Código Civil para o Código dos Menores. Essa forma de lidar com a infância que ficou conhecida como “Doutrina do Direito do Menor”, que vigorou até o Código de Menores de 1979. Com a aprovação de um novo código, substituiu a doutrina anterior e entrou em vigência a doutrina da situação irregular.

Contudo, antes da elaboração do Código de Menores de 1979, já se via decisões do governo brasileiro no sentido de implantar a doutrina da situação irregular, como em 1964, com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor⁸⁰ (Funabem), que criou as conhecidas “Febens” (Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor).

⁷⁸ Para a doutrinadora Andréa Rodrigues Amin, no Código de Menores de 1927, a doutrina da situação irregular se encontrava implícita.

⁷⁹ A forma de entender a infância e a juventude no Código de Menores de 1927 ficou conhecida como doutrina do direito do menor, contudo, antes da sua promulgação, era apenas levada em consideração a responsabilidade penal dos menores. Em razão disso que, no Código Criminal do Império de 1830, já se tratava do assunto quanto à prática de crimes por menores de 18 anos, classificando crianças e adolescentes em categorias conforme a idade e a sua capacidade de discernir, para que se deixasse de aplicar uma pena ou para abrandá-la. (CARNIO COSTA, Daniel. *Estatuto da criança e do adolescente* - teoria da situação irregular e teoria da proteção integral - avanços e realidade social. Tripod, São Paulo. Disponível em: <<http://utjurisnet.tripod.com/artigos/021.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.)

⁸⁰ A Funabem e as Febens foram criadas em momento de grande reforma, gerada pela Revolução de 1964, com a outorga de uma nova Constituição Federal, a decretação de Atos Institucionais, a reforma do sistema educacional brasileiro, depois do ensino universitário, com a intenção de impedir a expansão da ideologia

Nessa oportunidade foi quando se formulou uma Política Nacional do Bem-Estar do Menor, à qual todas as entidades públicas e particulares que atendiam crianças e adolescentes deveriam se subordinar. A Funabem incorporou toda a estrutura do Serviço de Assistência ao Menor que existia nos Estados, que incluía tanto o atendimento às crianças carentes como aos menores infratores.

A Funabem propunha-se a resolver um problema nacional, pois, para o presidente da fundação, cada vez mais aumentava a necessidade da elaboração de uma política em que sua execução ficasse sob a responsabilidade de um órgão federal, acabando com a idéia de que cada Estado poderia resolver seus próprios problemas locais.

Dessa forma, os menores de 18 anos passaram a ocupar lugar de destaque na Doutrina da Segurança Nacional⁸¹, sendo tratados como um problema de ordem estratégica, deixando a esfera de competência do Poder Judiciário e passando a se enquadrar na esfera de competência do Poder Executivo. Isso contribuiu para aguçar a percepção de que às crianças e adolescentes não se devia direitos, que eram apenas objetos de proteção e que não deveriam ficar nem sobre os cuidados do judiciário, somente aqueles que se enquadrassem⁸² no Código de Menores.

Assim, em 1979, incorporou-se oficialmente a doutrina da situação irregular ao sistema brasileiro com a elaboração de um “novo” Código de Menores, pois, conforme a associação de juízes de menores, a referida doutrina se adequava à tradição brasileira de

marxista. Em razão disso, a questão “dos menores” passou a ser tratada no âmbito da Doutrina de Segurança Nacional. Dessa forma, durante os anos anteriores a Revolução de 1964, foi sendo gerada uma proposta de criação de uma fundação nacional para lidar com crianças e adolescentes, que a princípio, em 1961, foi rejeitada. Contudo, em 1964, com o bárbaro assassinato por adolescentes do filho do então ministro da Justiça, Milton Campos, este, juntamente com outros juristas do Rio de Janeiro, convenceu o presidente General Castelo Branco a criar, por meio de um decreto, a mencionada Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

⁸¹ A Doutrina da Segurança Nacional surgiu com Escola Superior de Guerra (ESG) na época da Ditadura Militar no Brasil. A ESG desenvolveu uma teoria de direita para intervenção no processo político nacional. Assim, essa doutrina tinha como objetivo principal identificar e eliminar os “inimigos internos”, ou seja, todos aqueles que questionavam e criticavam o regime estabelecido, logo, principalmente, os comunistas.

⁸² Lembrando que, somente estariam sobre a jurisdição do Código de Menores os adolescentes e crianças que se enquadrassem numa situação irregular, abandonados pela família e escola, não fazendo diferença se eram abandonados ou infratores.

apenas interferir na problemática da criança quando restasse configurada a situação irregular dela na família⁸³.

Como consequência dessas atitudes perante a infância, percebe-se a razão pela qual os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, não constavam na redação final do Código de Menores de 1927. Os legisladores brasileiros continuaram com a mesma postura e não incluíram no Código de Menores de 1979, os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os princípios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também em 1948, do Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, e entre outros⁸⁴, que obrigam seus países signatários a os adotarem em seus ordenamentos internos⁸⁵.

Dessa forma, a posição majoritária na época entendia que a Justiça de Menores deveria se limitar à aplicação do Direito do Menor, relegando os direitos da criança⁸⁶ à competência do Executivo.

Nas décadas de 1960 e de 1970, os Juizados de Menores atuaram de forma hegemônica na área da infância, normatizando, legislando e criando estruturas de atendimento, o que gerou uma indefinição quanto ao que era competência do Direito da Criança e do Direito do Menor, misturando dentro dos juizados funções executivas e judiciárias.

Com a criação da Funabem e das Febens estaduais, conseguiu-se ao menos resolver uma das questões, em que ficou claro que o Juizado de Menores deveria se ocupar exclusivamente do Direito do Menor, com maior ênfase nos considerados menores infratores e as fundações se encarregariam da formulação e execução de políticas de atendimento.

⁸³ Conforme estipulado no artigo 2º do mencionado Código de Menores.

⁸⁴ Não tiveram nenhuma influência na redação final do Código de Menores, de 1979, a Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

⁸⁵ SILVA, Roberto da. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. p.296. Disponível em: <www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2010.

⁸⁶ Os “Direitos da Criança” se referiam àquelas que não se enquadrassem como em situação irregular.

Na metade da década de 1980, houve mudança na conjuntura política interna do Brasil⁸⁷, o que gerou as condições necessárias para a implantação da Doutrina da Proteção Integral, que, de acordo com Roberto da Silva, foram mais relevantes do que todas as declarações e convenções internacionais.

Diante desse contexto, com o Movimento Nacional Constituinte e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um reordenamento jurídico no país, chamada por Roberto da Silva como “remoção do entulho autoritário”⁸⁸, e buscou-se assegurar a inclusão, a aprovação e a manutenção de vários dispositivos que colocassem o cidadão e a família longe das arbitrariedades do governo.

Com intenção de modificar a forma de lidar com a infância, a Constituição Federal afastou a doutrina da situação irregular e adotou a doutrina proteção integral, em que, conforme Andréa Rodrigues Amin, diluiu-se solidariamente entre a família, sociedade e Estado a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes com absoluta prioridade, determinando os deveres legais e concorrentes, conforme estipula o artigo 227 da Constituição:

Art.227 É **dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (grifo nosso)

Como mencionado, esse artigo é uma norma de direito fundamental, logo, de acordo com o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal⁸⁹, tem aplicação imediata, mas coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 13 de julho de 1990, a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

⁸⁷Eram os últimos anos da ditadura, assim o povo estava desejando um governo não-autoritário, em que as liberdades individuais pudessem ser garantidas e usufruídas sem restrições impostas.

⁸⁸SILVA, Roberto da. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. p.297. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

⁸⁹ Art. 5º § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O estatuto, diferente do Código de Menores, estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer distinção, respeitando a condição peculiar em que se encontram de pessoas em desenvolvimento⁹⁰, conforme estipulado nos artigos 3 e 6 do mencionado estatuto:

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.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, **e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.** (grifo nosso)

O ECA, Lei nº 8.069/1990, normatizou a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos nele expostos, atribuiu ao Ministério Público e aos Conselhos Tutelares a competência e responsabilidade de promoção e fiscalização desses direitos, bem como, estipulou aos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais a competência para formulação das respectivas políticas para a infância e a juventude.

Uma das grandes mudanças trazidas pelo ECA foi a distinção entre abrigo e internação, pois, conforme Roberto da Silva, foi redefinida a função de ambos como práticas provisórias e absolutamente excepcionais, sujeitos a maior vigilância e fiscalização.⁹¹

As intervenções protetivas passaram a levar em consideração o que Andréa Amin chamou de eventual risco social, definido no artigo 98 do ECA⁹², e não mais a situação

⁹⁰AMIN, Andréa Rodrigues. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.14.

⁹¹SILVA, Roberto da. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. p.298-299. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

⁹²Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

irregular estipulado no antigo Código de Menores. Agora, é um tipo aberto, que possibilita os operadores do direito da infância maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção.

Na linha da mencionada doutrina, o citado artigo não é uma norma limitadora da aplicação do estatuto, como ocorria com o artigo 2º do Código de Menores de 1979, mas apenas delimita o campo de atuação do Juiz da Infância, principalmente na área infracional⁹³.

Dessa forma, como o objetivo de garantir efetividade à doutrina da proteção integral, a Lei nº 8.069/1990, previu um conjunto de medidas governamentais para a União, Estados e Municípios, para concretizarem-na por meio de políticas sociais básicas e outras. Em razão disso, também adotou o princípio da descentralização político-administrativa, possibilitando à comunidade local a participação direta na esfera da infância por meio do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar.

No âmbito do Poder Judiciário, coube ao juiz, sinteticamente, a função de julgar, não se encontrando estipulada entre os artigos 148 e 149 do ECA, a atuação *ex officio*, para evitar a intervenção arbitrária e autoritária que existia na vigência da doutrina da situação irregular, em que o juiz era visto como um bom pai de família, capaz de resolver o problema do menor abandonado ou infrator da maneira que entendesse melhor. Hoje, é a sociedade por meio dos Conselhos Tutelares que diretamente atua na proteção da população infanto-juvenil, encaminhando à autoridade judiciária somente os casos de sua competência.

Diante dessas e outras mudanças trazidas com o ECA, a doutrina da proteção integral está muito bem projetada, porém, é necessário que ela se torne mais efetiva, que realmente se abandone o pensamento e a forma de enxergar as crianças embutidos na

III - em razão de sua conduta.

⁹³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.14.

doutrina da situação irregular, definitivamente ultrapassada tanto internacionalmente como internamente.

A tabela a seguir resume os pontos principais de divergência entre as doutrinas, demonstrando a grande mudança que ocorreu com a quebra de paradigma.

	Doutrina da Situação Irregular	Doutrina da Proteção Integral
Conceito de criança/adolescente e menores	<p>Criança/adolescente - menores de 18 anos de idade que possuíssem apoio familiar e escolar para sua proteção e socialização.</p> <p>Menores - na mesma faixa etária, abandonados pela família e escola (encontravam-se em situação irregular), e que por essa razão exigiriam para sua proteção uma instância especial de controle social penal, conhecida como “Tribunais de Menores”</p>	<p>Artigo 2º do ECA - Crianças são pessoas até 12 anos de idade, adolescentes são pessoas entre 12 e 18 anos de idade, excepcionalmente até 21 anos.</p> <p>Não há a utilização oficial do termo “menores” no ECA como forma de diferenciar categorias dentro da infância.</p>
Público alvo da legislação específica	Código de Menores - se dirigia somente aos menores, ou seja, aqueles enquadrados em situação irregular, não abrangia toda a população infanto-juvenil.	ECA - atualmente em vigor, se dirige a toda a população infanto-juvenil, sem qualquer exceção.
Relação com os Direitos humanos	Limitava-se a apenas assegurar a proteção para os abandonados e a vigilância para os infratores, sob a perspectiva do bem-estar do menor, não se preocupava com os direitos humanos da população infanto-juvenil. Considera os menores como mero objeto de proteção e compaixão, funcionando com base no binômio compaixão/repressão.	Busca promover e defender todos os direitos reconhecidos por meio de tratados internacionais de todas as crianças e adolescentes. Considera todas as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos sob a perspectiva do interesse maior da criança.
Forma de lidar com a delinquência juvenil	A delinquência juvenil é toda forma desadaptada ou indesejável da conduta do jovem, e não necessariamente uma conduta considerada como crime. Logo, não há distinção no tratamento entre o considerado menor abandonado e o menor infrator.	Nessa doutrina, há uma divisão clara de comportamento delinquente - como aquele que se amolda ao tipo penal, considerado como ato infracional - e a situação de abandono.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado em 1990, seguiu as mudanças que vinham ocorrendo no plano internacional em relação à maneira de compreender a infância e adolescência, que culminaram com a elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, onde se descreve a doutrina da proteção integral, considerando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

O entendimento trazido pelo ECA ao adotar o paradigma da proteção integral em substituição ao paradigma da situação irregular, adotado pelo antigo código de menores, mostra que a proteção e o cuidado com as crianças não deve ser de qualquer forma, já que crianças e adolescentes passaram a ser entendidos como portadores de direitos. Assim, o tratamento dado à infância deve ser baseado nas garantias constitucionais e nos direitos internacionais.

Dessa forma, diante das portarias judiciais baixadas em vários municípios brasileiros que estipulam horários para que adolescentes e crianças se recolham às suas residências, questiona-se: que tipo de tratamento efetivamente está se dando à juventude brasileira frente a uma normativa tão bem elaborada como o ECA?

Com a doutrina da proteção integral percebe-se que o estatuto quis eliminar a imagem que se tinha do juiz da infância, considerado como um “bom pai de família”, para que essa imagem pudesse permanecer com o verdadeiro pai da família, acabando com a arbitrariedade tão impregnada ao cargo, que podia lidar com as crianças e adolescentes da maneira que melhor entendesse, visto que eram meros objetos de proteção.

Diante disso, a nova normativa brasileira limitou o papel do juiz e distribuiu a responsabilidade de cuidar das crianças com a família, a sociedade e por fim com o Estado,

para que entendessem que cabe a todos o cuidado com toda a infância, seja ela problemática ou não.

É dentro desse novo quadro que as portarias que estipulam o toque de recolher não se encaixam dentro da legislação brasileira, seja na Constituição Federal, no ECA ou nos tratados internacionais. É uma medida que não tem capacidade para alcançar o objetivo desejado, qual seja, de afastar crianças e adolescentes de situações de risco como: prática de atos infracionais, envolvimento com substâncias entorpecentes e/ou prostituição.

Isso porque o toque de recolher apenas faz com que jovens menores de 18 anos sejam confinados às suas casas no período da noite, o que não quer dizer que dentro das residências eles não estejam em situação de risco. Em razão disso, as autoridades responsáveis deveriam se preocupar em elaborar políticas públicas para capacitar a população a lidar com crianças e adolescentes que se encontram nessas situações.

Privar jovens de sua liberdade por meio de instrumento ilegal é atitude de governo autoritário e ditatorial, é acabar com um dos principais pilares da democracia sem nem alcançar os fins desejados. Essa medida fere os direitos constitucionais dos quais crianças e adolescentes são sujeitos e, ainda, não é a forma adequada de mudar a situação de risco em que se encontram, pois o toque de recolher não as remove da situação, apenas transfere o problema não resolvido para a residência.

Assim, a utilização da medida do toque de recolher é contrária a toda normativa brasileira vigente, principalmente contra os princípios democráticos e os direitos fundamentais, além de não estar de acordo com os princípios da doutrina da proteção integral adotada pelo ECA e pela convenção internacional.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069Compilado.htm>>. Acesso em: 24 set. 2009.

_____. *Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em: 24 set. 2009.

CARNIO COSTA, Daniel. *Estatuto da criança e do adolescente - teoria da situação irregular e teoria da proteção integral - avanços e realidade social*. Tripod, São Paulo. Disponível em: <<http://utjurisnet.tripod.com/artigos/021.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth; PRADO, Geraldo. *A polícia diante da infância e da juventude: infração e vitimização*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Editora Bastos, 2000.

CNJ. *O que é o CNJ*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8850&Itemid=1052>. Acesso em: 12 set. 2010.

_____. *CNJ suspende toque de recolher em Patos de Minas (MG)*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8517:cnj-suspende-toque-de-recolher-em-patos-de-minas-mg&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 09 mar. 2010.

_____. *Toque de recolher: comissão do CNJ vai analisar regras para edição de portarias*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9263:toque-de-

recolher-comissao-do-cnj-vai-analisar-regras-para-edicao-de-portarias&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 09 mar. 2010

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DAMASCENO, Thiago Lopes. Portaria da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ilha Solteira. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-da-vara-da-infancia-e-da-juventude-da-comarca-de-ilha-solteira/>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

_____. Portaria 3/2009 do juiz da 1ª Vara Criminal e do Anexo da Infância e da Juventude da Fernandópolis. Disponível em: <<http://thiagoldamaceno.wordpress.com/2009/04/30/portaria-32009-do-juiz-da-1%C2%AA-vara-criminal-e-do-anexo-da-infancia-e-da-juventude-de-fernandopolis/>>. Acesso em: 5 nov. 2009.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. México: UNICEF, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. *Estado penal, novo inimigo interno e totalitarismo*. In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATOS, Virgílio de (Org.). *Estudos de execução criminal: direito e psicologia*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, Silvia. *O toque de acolher: ações pró-ativas para o enfrentamento das drogas e da violência*. *Jornal do Interior*, São Paulo, Ano VIII, nº55, maio de 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.uvesp.com.br/downloadPdf.php?idpublicacao=12>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. *Estatuto da criança e do adolescente comentado e interpretado de acordo com o novo código civil*. 2.ed. São Paulo: Leud, 2004.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Brasília: Senado Federal, 2007.

PELARIN, Evandro. *“Toque de recolher” para crianças e adolescentes*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13086&p=1>>. Acesso em: 26 maio 2010.

PRIORI, Angelo. A doutrina de segurança nacional e o manto dos atos institucionais durante a ditadura militar brasileira. *Revista Espaço Acadêmico*. n° 35, abr. 2004. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/035/35priori.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: 20 set. 2010.

SÊDA, Edson. *A criança e o afamado toque da cidadania*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <www.edsonседа.com.br/aacidadania.doc>. Acesso em: 21 abr. 2010.

SILVA, Roberto da. *A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/Destaques/abrigos/capit10.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

TERRA DE DIREITOS. *Saiba mais o que é e como funciona o CNJ*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/biblioteca/sabia-mais-o-que-e-e-como-funciona-o-cnj/>>. Acesso em: 25 ago. 2010.