

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ARTIGO

TOQUE DE RECOLHER: UM RETROCESSO HISTÓRICO

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Professor. Autor dos livros Ação civil pública ambiental; A efetividade dos direitos da criança e do adolescente; Curso de direito constitucional. Coautor do livro Maioridade constitucional.

RESUMO: O presente trabalho destaca os principais argumentos históricos, internacionais, constitucionais e legais contra as portarias judiciais que ressuscitaram o toque de recolher em várias cidades brasileiras, consistentes em determinações de que crianças e adolescentes não poderão exercer o direito à liberdade de ir e vir sem a companhia dos pais ou representantes legais. O texto explicita que, historicamente, a justiça menorista sempre se pautou pela vigilância dos menores, a despeito da omissão das famílias. Depois identifica os principais instrumentos legislativos internacionais violados na perspectiva dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Em seguida, explica que a CF/88 somente aceita o cerceamento da liberdade de qualquer pessoa nas hipóteses de flagrante delito ou ordem judicial fundamentada, bem como que o juiz não é legislador ou agente administrativo. Na esfera do direito infraconstitucional, demonstra que os juízes da infância e da juventude, para expedir as portarias, utilizaram-se de legislação revogada. Defende a ideia de que é possível reverter os principais problemas da violência infanto-juvenil a partir do cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que determinou a adoção de políticas públicas federais, estaduais e municipais, a direta participação da sociedade e a implantação do sistema de apuração da prática de atos infracionais, o que, em várias hipóteses, se utilizado corretamente, é mais enérgico do que o sistema punitivo para adultos.

PALAVRAS-CHAVE: menor; portaria; toque de recolher; juizado; liberdade.

ABSTRACT: The present work outlines the main historical, international, constitutional and legal arguments against administrative rules, which have resurrected the curfew in many Brazilian cities, consisting in determinations that children and adolescents could not exercise the right of moving from one place to another, without the presence of parents or personal representatives. The text explains that historically minor justice has always been guided for minor vigilance despite family omission. After that it identifies the main international legislative instruments violated in the perspective of children and adolescents human rights. In sequence it explains that the actual constitution only accepts freedom restraint in cases of flagrante delicto or reasoned judicial order, likewise the judge is not a legislator nor an administrative officer. In the realm of infraconstitutional law it demonstrates that judges made use of revoked legislation in order to promulgate administrative rules. Furthermore, it supports the idea that it is possible to rectify the main problems of juvenile violence through the execution of the Child and Adolescent Statute (Law 8.069/90), which determined the adoption of federal, state and municipal public policies, society direct participation and the introduction of a system that investigates the practice of delinquent acts, which in many hypothesis is more severe than the adult system.

KEY WORDS: Minor; administrative rule; curfew; court; liberty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese histórica. 3. O Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. O retrocesso do toque de recolher. 4.1. Argumentos históricos. 4.2. Contrariedade aos postulados internacionais. 4.3. Inconstitucionalidade das portarias. 4.4. Ilegalidade das medidas administrativas. 5. Rede municipal de proteção integral dos novos direitos. 6. Rede punitiva dos atos infracionais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No âmbito da América Latina, o Brasil possui uma das leis mais modernas, atualizadas e adequadas aos avançados paradigmas internacionais de defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, segundo Mendez & Costa (2004, p. 121).

Após mais de vinte anos da reabertura democrática, o país vive período de franca democratização e busca de eficiência na atuação das instituições públicas, sendo que o Poder Judiciário, por conta da credibilidade recebida do poder constituinte originário, despontou como um dos mais fortes protetores dos direitos fundamentais, principalmente de crianças e adolescentes,¹ em decorrência das ações e omissões do próprio Estado. Em suma, a sociedade, o Estado e as instituições brasileiras caminham em direção à plenitude da cidadania e da democracia, embora esse caminho esteja no seu início, nos termos descritos por Carvalho (2003).

Em sentido contrário aos indiscutíveis avanços democráticos, como uma espécie de permanente e teimoso fosso intangível, percebe-se que centenas de milhares de crianças e adolescentes permanecem na condição de vítimas da mortalidade precoce, da institucionalização em abrigos e orfanatos, dos maus-tratos familiares e da evasão escolar, das drogas, da prostituição, do trabalho infantil, dos crimes² etc. É fato que milhares de crianças e adolescentes não possuem acesso à educação de qualidade, que o sistema de saúde infanto-juvenil continua com sérios problemas estruturais, que os programas de proteção social, jurídica e psicológica e o princípio da municipalização da rede de proteção constituem vagas utopias legislativas.

¹ Nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, considera-se criança o indivíduo até os doze anos de idade incompletos e adolescente o indivíduo com idade entre doze e dezoito anos. Diferentemente, o Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, no art. 1º, não trazia nenhuma distinção de tratamento em decorrência da faixa etária.

² No dia 21 de julho de 2009, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Observatório das Favelas e a Secretaria Especial de Direitos Humanos, em parceria, divulgaram extensa pesquisa científica denominada IHA – Índice de Homicídios na Adolescência, a qual mediu os índices de mortalidade de jovens de 12 a 18 anos, destacando-se que: 48% dos jovens brasileiros são vítimas de homicídios; entre 2006 e 2012 serão mortos mais de 33 mil adolescentes; os negros têm três vezes mais chances de morrer. Disponível em: <<http://www.unicef.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

A partir da dicotomia acima, sem a moderna compreensão do novo sistema jurídico-democrático de proteção infanto-juvenil, os denominados operadores do Direito que atuam, principalmente, na Justiça da Infância e da Juventude ainda executam ou cumprem suas principais atividades funcionais, de acordo com o revogado sistema menorista, sendo facilmente descobertos, exemplificativamente, pelo reiterado uso da vetusta expressão jurídica: *menor*, em vez dos termos técnicos corretos: criança ou adolescente.

Os paradigmas constitucionais e estatutários da garantia de prioridade absoluta e o da proteção integral dos novos direitos ainda não foram totalmente incorporados na prática forense diária. Porém, mais grave do que a continuidade dos problemas infanto-juvenis e o desconhecimento da nova sistemática garantista, pode-se dizer que são as tentativas, algumas vezes veladas e outras explícitas, de retorno ao ultrapassado sistema menorista que permaneceu em vigor no séc. XX, principalmente com o ressurgimento das práticas autoritárias do *toque de recolher* e, quem sabe, mais no futuro, do estado de defesa, depois, do estado de sítio, estado de guerra e, finalmente, a convocação das Forças Armadas para conter a violência praticada pela juventude carente das periferias, das favelas e das pequenas cidades.³

Com forte apelo sensacionalista, eloquentes aplausos populares, muita desinformação técnica⁴ e pouca discussão científica, a imprensa nacional divulgou recentemente que mais de 27 cidades brasileiras já aderiram à prática do *toque de recolher*, tonificadas

³ O estado de defesa, o estado de sítio e o estado de guerra são situações graves, atípicas e que rompem temporariamente com os pilares da normalidade democrática do país. São decretadas na ordem crescente de gravidade acima, sempre que as circunstâncias restritivamente fixadas no art. 137, 138 e 142 da Constituição Federal restarem demonstradas, como, por exemplo, nos casos de invasão externa por tropas estrangeiras. Para melhor compreensão das situações atípicas, o livro de Ferreira Filho (1999) é de leitura obrigatória para o entendimento da legalidade extraordinária.

⁴ O texto publicado no sítio eletrônico UOL, com o título: *Mesmo com toque de recolher, ocorrências policiais envolvendo menores aumentam 44% em Patos de Minas-MG* é um exemplo do uso de uso incorreto de termos técnicos que provocam desinformação, apesar da interessante notícia no sentido de que o *toque de recolher* não reduz a criminalidade. Basta conferir os seguintes termos: menores, toque de recolher, portaria judicial aprovada pela Câmara Municipal. Disponível em: <<http://www.uol.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

na expedição de portaria judicial que determina o recolhimento de crianças e adolescentes que estejam nas ruas das cidades no período noturno, além de trazer a expressa determinação para que os órgãos do sistema protetivo infanto-juvenil e do sistema de segurança pública também recolham os *menores* e levem-nos para suas casas ou que os submetam à medida de abrigo, em que pese a clara recomendação/parecer contrário do Conanda contida na 175ª Assembléia Ordinária.⁵

Ultrapassada a provocação para a leitura, pertinente e, ao mesmo tempo, contraditória, pelo fato de o escritor do presente artigo ter sido militar da ativa, nas funções de instrutoria militar, por mais de onze anos, no Corpo de Fuzileiros Navais no Estado do Rio de Janeiro, o texto apresentará inicialmente as bases históricas do atual sistema garantista, os ultrapassados fundamentos do sistema menorista e, a partir do confronto de ambos, promoverá a defesa da ideia central da necessidade de colocar em prática os princípios da prioridade absoluta à proteção integral da família e, principalmente, dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Em penúltimo lugar, à guisa de conclusão, não se pode deixar de enaltecer a sincera preocupação de milhares de magistrados, promotores de justiça, policiais, conselheiros tutelares, vereadores, pessoas do povo etc. com o futuro e a segurança das crianças e adolescentes e da própria sociedade.

No entanto, sem descuidar-se dos sérios problemas, será demonstrado pontualmente que existem melhores formas ou medidas de enfrentamento da violência urbana e rural, em seus complexos matizes, sem a necessidade de medidas de natureza militar, exceto nas hipóteses de ocorrência de crimes, contravenções penais ou atos infracionais, conforme já sedimentado no Código Penal e no Código de Processo Penal.

O que se deseja, na verdade, sem causar nenhuma espécie de melindre, discórdia ou constrangimento com aqueles que defendem

⁵ O inteiro teor do documento pode ser obtido no sítio eletrônico do MPMG: <<http://www.mp.mg.gov.br>>.

o *toque de recolher*, ou o eufemístico⁶ *toque de acolher*, é mostrar que o retorno do caminho militar para a proteção dos jovens é ultrapassado na história, inconstitucional na sua formatação, ilegal pelos vícios administrativos na execução e, acima de tudo, perpetua a secular desigualdade na busca da proteção dos novos direitos infanto-juvenis e, a partir dessas perspectivas, agregar os esforços de todos na efetividade dos direitos de crianças e adolescentes.

Em resumo, serão buscadas respostas para as seguintes indagações: é inconstitucional e/ou ilegal a expedição de portaria judicial que determina o *toque de recolher*? Se positivas as respostas, constitui meio necessário e/ou imprescindível para a defesa infanto-juvenil; se negativas, existem meios judiciais, administrativos e sociais de proteger os direitos e exigir os deveres de crianças e adolescentes?

2. Síntese histórica

A história da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes encontra-se marcada por equívocos, ao longo de mais de quatro séculos, segundo a obra organizada por Del Priore (2004, p. 7-17).

A compreensão dos aspectos históricos ganha importância pela necessidade de impedir, que a sociedade repita, na atualidade, os erros do passado ou, pelo menos, de alertá-la sobre essa possibilidade, uma vez que, entre o descobrimento do Brasil e a presente conjuntura democrática, ainda é possível constatar facilmente gritantes diferenças existentes entre a qualidade das normas constitucionais e estatutárias vigentes e a dramática realidade social vivida pela juventude brasileira.

A primeira fase da proteção dos direitos das crianças brasileiras começa com a catequização das crianças e mulheres indígenas pelos padres jesuítas. Durante os dois primeiros séculos de existência da Colônia, observou-se que os ensinamentos religiosos constituíam as bases iniciais da proteção da infância indígena (CHAMBOULEYRON, 2004, p. 56-83).

⁶ *Eufemismo*: figura de linguagem que consiste no uso de palavras que amenizem seu real significado.

A demonstração das bases primárias de proteção é interessante porque, até hoje, crianças e adolescentes recebem tratamento privilegiado nas principais religiões do mundo ocidental e, consequentemente, a legislação criada pelo Estado recebe clara interferência religiosa, embora o atual Estado brasileiro seja laico.

Já no séc. XVIII uma das formas mais conhecidas de proteção dos *menores* – trazida da Europa medieval – foi a adoção da *Roda dos Expostos*, tendo sido o artefato de madeira adotado nas cidades de Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789).

Pelo sistema da Roda dos Expostos, crianças abandonadas ou renegadas pelos pais eram depositadas nos cubos cilíndricos localizados nas entradas dos mosteiros. Logo após o toque de uma sineta, eram recolhidas pelas religiosas que moravam nos conventos. O mecanismo de notória dramaticidade foi defendido como solução, pois, na época, era menos danoso do que o abandono das crianças nas ruas periféricas ou nas florestas, ainda lotadas de animais perigosos, segundo Marcílio (2006).

Nessa etapa intermediária, inicia-se uma conjunção de esforços entre a Igreja e o Estado na proteção dos jovens. No entanto, a defesa da juventude não era prioridade nacional e, muito menos, interessante, sob os pontos de vista econômico, social ou político, sendo que existia clara supremacia da Igreja nessa questão, em virtude dos seus seculares fundamentos doutrinários, que, paradoxalmente, conviviam com a escravidão que perdurou formalmente até a abolição em 1888.

Durante os primeiros quatro séculos de existência da juventude, as medidas e ações protetivas foram marcadas pelas práticas religiosas e algumas frágeis ações estatais, sobretudo pelo fato de que o Brasil somente foi alçado à condição de Estado quando da entrada em vigor da primeira Constituição imperial de 1824.

A segunda fase – que tem início no começo do século XX – fundamenta-se na necessidade da forte repressão estatal, com a entrada em vigor do Código Mello Matos em 12 de outubro de 1927. Impor-

tante para o início do século, foi considerado o primeiro Código de Menores da América Latina. A lei não trazia distinção de tratamento jurídico entre o menor carente e o praticante de crimes. Buscava soluções jurídicas para o problema da criminalidade infanto-juvenil, a partir do endurecimento das penalidades e o rigor no cumprimento, inclusive com a fixação da idade penal de 14 anos.

Nessa época histórica, introduziu-se fortemente o Direito Penal na sistemática protetiva menorista como um dos instrumentos mais eficientes para o enfrentamento da complexa problemática da delinquência juvenil, sobretudo no período do primeiro pós-guerra mundial.

Passou-se, portanto, da proteção religiosa dos menores à punição pelo uso das regras penais dominantes antes de 1940, sendo que, embora a legislação penal utilizasse a faixa etária como diferencial de tratamento juvenil, na execução penal o sistema de reclusão não diferenciava adultos de adolescentes, fase denominada pela doutrina brasileira de tutela penal indiferenciada, segundo Sposato (2006, p. 27).

Numa síntese parcial, pode-se constatar que as regras penais ganharam forte projeção e apelo popular, uma vez que, insuficientes as tímidas ações sociais, filantrópicas, assistencialistas e religiosas, como os menores não eram vistos na qualidade de titulares de direitos fundamentais – fato ocorrido apenas a partir de 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal (CF) – o Código Mello Matos era duramente aplicado na repressão infanto-juvenil e, ao mesmo tempo, na popular institucionalização nos abrigos, orfanatos e quartéis.

A terceira fase – ocorrida na ditadura militar – reforçou ainda mais a utilização das regras do Direito Penal, em detrimento das medidas de proteção religiosa, social e política, sendo que, na época, vivia-se no Brasil a autoritária pauta da doutrina da Segurança Nacional, iniciada em 1964, embora as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 já tivessem incorporado os fundamentos do Estado social.

A entrada em vigor do último Código de Menores, através da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, apenas cristalizou legislativamente – no plano menorista – os valores autoritários militares do momento e a tentativa de pseudoproteção menorista.

É interessante lembrar que a lei dividia os menores em dois grupos distintos: em situação *regular* e em situação *irregular* (art. 2º). Aos primeiros – ricos – aplicava-se o Código Civil de 1916. Aos últimos – pobres e abandonados nas ruas – aplicavam-se os postulados do Direito Penal, organizados dentro do Código de Menores.

De forma singela, com apelo popular e sob o discurso de necessidade da efetiva proteção dos jovens, na época da última ditadura militar, a pobreza das famílias caracterizava uma das condições jurídicas para o recolhimento ou encarceramento dos menores de rua. Ora, pobres, desprotegidos ou abandonados, independentemente de praticar ou não infrações penais, eram considerados em situação irregular e, portanto, apreendidos na Febem, em asilos, orfanatos, abrigos, cadeias etc., por ordem judicial e sem direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que não eram titulares de direitos na ordem jurídica nacional.

Paradoxalmente, foi no período ditatorial de 1964 a 1985, ao lado da derrocada institucional dos direitos civis e políticos, que a Justiça menorista fortaleceu sua atuação, utilizando-se dos instrumentos legislativos similares, emanados das autoridades militares, para regular deveres e direitos do cidadão.

Ao lado dos decretos-leis, portarias, atos institucionais (o AI 5 é o notório exemplo) de forte cunho autoritário, com base no último código de menores, criaram-se várias portarias judiciais em cada cidade, que regulamentavam eventuais aspectos civis, penais e administrativos no tocante à defesa da juventude brasileira. À guisa de esclarecimento, não se pode deixar de considerar que, numa leitura rápida do código de menores, percebe-se um rebuscado discurso protetivo. No entanto, na prática, traduzia-se numa porta aberta para o arbítrio das autoridades judiciais, muito embora, aparentemente, todas estivessem com a melhor das intenções.

Na verdade, além dos sofismas na interpretação da lei, existia uma clara dicotomia na fase anterior à última reabertura democrática. Às crianças ricas e de famílias poderosas aplicava-se o Direito Civil, e os eventuais conflitos eram julgados nas varas de família. Já os me-

nores pobres eram protegidos pelo código de menores e ficavam sob direta tutela do Juizado de Menores, sendo, ainda, presente a dicotomia na atual conjuntura, bastando como exemplo a divisão de competências jurisdicionais entre as varas de família e as da infância e da juventude.

Como última etapa evolutiva, a fase atual teve início com a redemocratização do país em 1985, evidentemente permeada pela forte agitação popular, deflagrada pelas eleições livres e democráticas, e o rompimento do período autoritário, no movimento institucional conhecido como *Diretas Já*.⁷

Ao mesmo tempo, a cidadania começou a emergir no sinuoso compasso de idas e vindas dos regimes ditatoriais e democráticos da vida institucional brasileira. Além das demais esferas da vida nacional, sobretudo no âmbito do Poder Executivo federal, também se sentiu a inadiável necessidade de democratizar o Direito, ainda permeado de postulados autoritários, anacrônicos e diametralmente opostos à democracia participativa.

No entanto, apesar da adoção do postulado constitucional do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da CF/88, que deveria dirigir as ações, medidas e atividades dos Poderes da República, e dos avanços institucionais consideráveis, muitas práticas ou ações autoritárias ainda persistem pelos quatro cantos do Brasil, ressuscitadas de tempos em tempos, na maior parte das vezes, por falta de adequado conhecimento da história da infância e da juventude brasileira.

Nessa linha, vários órgãos da própria imprensa nacional, que, pela natureza de suas atividades, poderiam melhor esclarecer a população, inadvertidamente, acabam contribuindo para a manutenção dos dogmas autoritários ao deixarem de promover análise mais detalhada das medidas cristalizadas nas expressões *toque de recolher*, *Lei Seca*, *combate ao crime* etc., sabidamente de natureza tipicamente militar, muito usadas nos quartéis e nas casernas. Fato ainda comum

⁷ Ver Fausto (2001, p. 285-286). O autor destaca que a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e a exclusão das leis denominadas de “entulho autoritário” foram as bases políticas que dominaram a mudança do paradigma histórico.

num país que busca o amadurecimento institucional, quando se confunde o *argumento da autoridade pela autoridade do argumento*.⁸

O Direito também não se livrou de todas as expressões, sendo o *toque de recolher* e o *combate ao crime* visíveis exemplos de termos militares, usados inadvertidamente pelos estudiosos e operadores do Direito. Porém, advirta-se que o uso da expressão militar, ciente da conotação, objetiva tão somente despertar a atenção para o problema, sendo consciente a adoção do termo na designação do título do artigo. Enfim, pode-se afirmar com Mendez & Costa (2004, p. 126) que, de 1964 a 1980, ocorreu uma *reversão autoritária* na proteção de crianças e adolescentes.

Em 1988, com a entrada em vigor da atual CF, foram modificadas radicalmente as formas de proteção da comunidade infanto-juvenil, através da adoção dos princípios constitucionais da garantia de prioridade absoluta e da proteção integral, sendo a cristalização do movimento democrático que permeou as instituições brasileiras desde o início da década de oitenta.

As novas bases principiológicas democráticas, posteriormente, foram acolhidas no ECA, em 1990, que, além de incorporar os modernos parâmetros, fixou, no plano infraconstitucional, a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado com a obrigatoriedade legal de garantir a integralidade da proteção dos direitos infanto-juvenis.

Assim, expressamente revogada a doutrina do *menor em situação irregular*, foi acolhida a doutrina das crianças e dos adolescentes, como sujeitos de direitos e deveres na nova ordem jurídica nacional, denominada de *garantista*, segundo Shecaira (2008, p. 43-47).

Entretanto, uma das maiores dificuldades para a completa implantação do sistema constitucional e estatutário vigente centra-se na

⁸ O *argumento da autoridade* consiste na forte e decisiva palavra de quem exerce o poder ou função pública. O prefeito, o juiz e advogado falaram na imprensa, então está certo e é indiscutível. Já a *autoridade do argumento* significa a projeção de argumentos, idéias e contestações a partir de bases eminentemente científicas e devidamente comprovadas. Salvo melhor juízo, o Ministro César Peluzo, do Supremo Tribunal Federal, recordou as diferenças em recente julgamento televisionado.

continua utilização da doutrina menorista, uma vez que os novos paradigmas não encontraram maior repercussão social e ainda longe estão de serem incorporados na prática forense brasileira.

É que muitos dos atuais operadores do Direito, formados com base na revogada Constituição Federal de 1967 e no último Código de Menores de 1979, ainda não incorporaram os modernos avanços democráticos ou aceitaram as novas regras e princípios do ECA e da CF. Com efeito, parafraseando Rizzini (1997), muito foi perdido no século vinte em relação à proteção das crianças brasileiras.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

Restou caracterizado na fase histórica que o ECA foi o resultado de intenso e decisivo movimento popular. Trata-se de produto democrático de alto valor histórico. Sua gestação foi iniciada durante os anos oitenta e finalizada com a inclusão dos novos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes na Constituição Federal de 1988.

Em harmonia formal e material com os novos ares constitucionais pós-ditadura, o novo instrumento legislativo trouxe completo sistema de garantia e proteção dos novos direitos. Na realidade, procurou cristalizar os modernos anseios da democracia direta, participativa e pluralista. Rompeu, enfim, com a doutrina do menor em situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral e da garantia da prioridade absoluta na proteção infanto-juvenil na exata extensão do art. 227 da CF.

O estatuto encontra-se dividido em duas partes estruturais, sendo a primeira, geral e a segunda, especial. Inicialmente, trata dos direitos e princípios fundamentais, individuais e coletivos, em perfeita sintonia com aqueles previstos anteriormente na CF. Em seguida, organiza os sistemas integrados de garantia e proteção social, administrativa e jurisdicional. Delimita organicamente os sistemas de apuração das infrações penais, civis e administrativas praticadas contra crianças e adolescentes.

Além da parte relativa à proteção integral dos direitos fundamentais das novas gerações, também adota um forte sistema repressivo que, se colocado em prática pelas instituições de segurança pública, reduziriam o clamor popular e a assertiva demagógica e equivocada de que o *ECA somente trouxe direitos*, conforme ensina Saraiva (2006, p. 24-36). Primeiramente, define o ato infracional como todo crime ou contravenção penal, sendo que, claramente, determina a utilização dos parâmetros do Direito Penal no sentido de coibir e punir condutas contrárias à legislação penal. Depois, determina a utilização mitigada de regras e princípios processuais penais na apuração e eventual punição pela prática de atos infracionais, inclusive determina a utilização analógica das regras da execução penal, sempre que necessário. Em nenhum momento, portanto, pactua com a impunidade ou a estimula.

Finalmente, reforça, de modo contundente em todos os dispositivos legais, os novos postulados da democracia participativa e específica, pontualmente, todas as bases e etapas para o cumprimento do Estado Democrático de Direito. Como base de atuação responsável de todos, destaca a obrigatória e prioritária atuação da família, da sociedade e do Estado.

Não se pode deixar de destacar o fato de que o estatuto em questão ainda é pouco estudado e conhecido nos meios jurídicos. O ECA não é discutido, como deveria, nas universidades brasileiras. Normalmente, é ensinado como matéria eletiva ou agregado de forma suplementar ao Direito de Família. Apesar de sua importância histórica e do grande contingente de jovens na sociedade, o Direito brasileiro ainda discute à exaustão questões civis e comerciais, tais como falências e concordatas, cédulas rurais, remissão etc. Ora, sem desmerecer os fundamentos do direito privado, é preciso discutir o direito público e, particularmente, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente para assimilar os novos fundamentos doutrinários da infância e da juventude.

Além de revogar a política menorista com o *desfazimento do juiz de menores*, o ECA trouxe importantes inovações, segundo Saraiva (2006, p. 29). Primeiro, retirou a competência ou as atribuições do

outrora Juizado de Menores e, na forma do art. 262 do ECA e da legislação municipal possivelmente em vigor em cada cidade, repassou-as, integralmente, para o Conselho Tutelar (CT) e para o Conselho Municipal de Defesa das Crianças e dos Adolescentes (CMDCA).

Ao retirar do Poder Judiciário as antigas funções assistenciais, filantrópicas e menoristas, prestigiou muito mais as atividades jurisdicionais típicas, resguardando-as, em sua plenitude, para a defesa integral e prioritária dos novos direitos e interesses individuais e transindividuais ou coletivos, sempre que provocado dentro das regras legislativas do devido processo legal.

Portanto, a título exemplificativo, fora os casos específicos de alvará para ingresso em estabelecimentos comerciais ou autorização para viagem internacional, nos estreitos limites do art. 149 do ECA, o juiz de Direito da Infância e da Juventude somente deverá agir, no plano da proteção jurisdicional, quando provocado dentro do devido processo legal.

Não existe mais, assim, apesar do seu ressurgimento de tempos em tempos, a figura do juiz de menores, que expedia portarias proibitivas genéricas, além de apreender adolescentes pobres ou abandonados, em evidente desacordo com as novas bases constitucionais e estatutárias do novo sistema garantista.

Como segunda inovação, criou o Conselho Tutelar – eleito pela sociedade – para agir com autonomia no plano administrativo, direcionando-lhe para a missão específica de proteger e impedir a violação dos direitos individuais de crianças e adolescentes. Esse órgão, de natureza colegiada, independente, não jurisdicional e autônomo, não é subordinado, administrativamente, ao juiz de Direito, ao promotor de justiça, aos secretários estaduais e Municipais ou ao delegado de polícia.

Enfim, o Conselho Tutelar possui adequada e necessária independência administrativa para exigir o cumprimento do ECA, tendo como base de atuação os arts. 136 e 101, inclusive com possibilidade de denunciar eventuais ilicitudes praticadas com base no sistema menorista anterior.

Outra novidade trazida pelo ECA foi a criação dos Conselhos de Direitos na estrutura estatal federal, na estadual e na municipal – metade deles composta, voluntariamente, de integrantes do poder público e a outra metade de integrantes da sociedade civil –, outorgando-lhes a função deliberativa. Isso significa dizer que todas as políticas públicas – a federal, as estaduais e as municipais – de proteção e defesa dos novos direitos das crianças e dos adolescentes, sob pena de nulidade, deverão ser formuladas e coordenadas pelo novo órgão colegiado e não mais pelo Juizado de Menores.

Além disso, a partir da leitura dos art. 204 e 205 da CF, conjugados com o art. 88, I e II, do ECA, restou fixada a obrigatoriedade de maior participação da sociedade e da municipalização da proteção infanto-juvenil. Dentro do novo espectro constitucional e estatutário, as políticas públicas foram canalizadas para o Município e, supletivamente, para o Estado e para a União.

O ECA também determinou a criação dos programas e das entidades de proteção e defesa, em substituição às antigas Funabem e Febem. Inverteu, portanto, toda a sistemática menorista ao dividir entre os conselhos comunitários – tutelar e municipal – a proteção dos novos direitos, aliando-os à atuação do Ministério Público e da sociedade civil com equitativa divisão de responsabilidades e funções.⁹

Assim, a significativa maioria das ações e medidas administrativas, que eram realizadas sob a tutela ou direção exclusiva do Juizado de Menores, passou para o rol de atribuições dos dois conselhos comunitários, sendo dever do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, bem como da sociedade, zelar pelo correto funcionamento de ambos, bem como pela implantação da rede municipal de proteção, com a possível utilização do processo coletivo, nos casos em que isso seja necessário.

Urge, enfim, que sejam colocados em prática os novos postulados democráticos do ECA e da CF no confronto com o *toque de recolher*.

⁹ Ver Beloff e Mendez (2001). A obra traz um panorama completo do direito latino-americano, bem como apresenta as principais características entre a doutrina menorista e a doutrina garantista.

4. O retrocesso do *toque de recolher*

Antes de demonstrar, pontualmente, os principais argumentos contrários à volta do *toque de recolher*, determinado pelas respectivas portarias judiciais nas conhecidas 27 comarcas brasileiras, torna-se preciso considerar alguns aspectos preliminares.

Primeiro, observa-se que as portarias foram produzidas por juízes de Direito e fiscalizadas, algumas vezes incentivadas, por vários promotores de justiça, jovens, atuantes, responsáveis e abnegados, em sua maioria, segundo notícias de jornais e revistas jurídicas especializadas.

É possível que, em virtude do exaustivo trabalho diário nas comarcas e, sobretudo, pela maior proximidade com as famílias e demais pessoas da comunidade, seja nas audiências diárias e no atendimento ao público, os operadores do Direito sentiram-se impotentes e incomodados com a situação de penúria da juventude, principalmente aquela parcela da população juvenil naturalmente vitimizada pelo crime organizado, pelo tráfico de entorpecentes e pela secular omissão do Estado, e resolveram reagir de forma dura, direta e objetiva, com a imediata retirada dos *menores das ruas* no período noturno.

Segundo, é preciso admitir que a sociedade possui razão em reclamar ações e medidas mais efetivas, objetivas e diretas das autoridades constituídas no tocante à violência, principalmente urbana. Embora se saiba cientificamente que os atos infracionais praticados por adolescentes são em menor quantidade que os crimes praticados pelos adultos, pela pouca informação disponibilizada, pelo forte clamor popular e pelo sensacionalismo decorrente, quando os *menores praticam crimes graves*, acaba-se com a falsa impressão de que, com a publicação do ECA, realmente aumentou a violência juvenil.

Terceiro, em decorrência das poucas ou insuficientes informações científicas sobre os paradigmas do ECA e da CF, da história dos direitos infanto-juvenis e, em sentido oposto, o forte apelo e pressão popular fazem surgir ações e medidas de todas as ordens, normalmente imediatistas, infrutíferas e pouco estudadas para a notória extensão dos problemas.

Na verdade, mesmo com o notório saber jurídico dos operadores do Direito, dizer que o *toque de recolher* constitui medida suficiente para reduzir a violência juvenil ou aquela praticada contra crianças e adolescentes simplesmente desconsidera todas as pesquisas científicas realizadas no campo da segurança pública e a dimensão plurissubjetiva da temática infanto-juvenil. É que pelo menos os principais problemas relativos à proteção de crianças e adolescentes, tais como pedofilia, trabalho escravo, prostituição etc., constituem ainda um campo sujeito a altas indagações científicas, e uma portaria judicial, por mais boa vontade que tenha, não conseguirá reverter os índices de violência nacional e, em pouco tempo, cairá no descrédito popular.

Quarto, o *toque de recolher* constitui uma medida de natureza essencialmente militar, normalmente utilizada pelas Forças Armadas em tempos de guerra e/ou de graves insurreições políticas etc. Não se coaduna, de qualquer forma, com os atuais ventos democráticos brasileiros.

Trata-se de típica ação militar que obriga os moradores de uma determinada cidade, estado ou país a permanecerem no interior de suas residências, durante determinado período noturno, para preservação da segurança e o andamento de operações militares de defesa. Para caracterizar o horário, utilizam-se cornetas, tambores, apitos ou expressas ordens verbais ou escritas, naturalmente do oficial superior mais importante da operação de guerra.

Ou seja, são características essenciais do *toque de recolher* a iminência de ataques bélicos e o eventual *estado de guerra*. Ora, usar inadvertidamente o termo militar ou expressões ambíguas, porém equivalentes, constitui evidente retrocesso autoritário, inadmissível no Estado Democrático de Direito.

No entanto, mais grave é a utilização da expressão eufemística *toque de acolher*, como se o nome mudasse a essência da ilegalidade da medida militar adotada por juízes de Direito, exatamente encarregados de julgar os conflitos de direito relativos a crianças e adolescentes.

Fixadas as premissas acima, é possível organizar os argumentos contrários ao *toque de recolher* e a quaisquer medidas semelhantes,

pelo menos em época de paz, tais como *estado de defesa*, *estado de sítio*, *estado de guerra* ou a possível utilização das Forças Armadas, na seguinte seqüência lógica: a) fundamentos históricos; b) contrariedade aos postulados internacionais; c) inconstitucionalidade das portarias; d) ilegalidade das medidas administrativas; e) a falta de aplicação do ECA.

Aliás, o argumento da utilização das Forças Armadas, embora seja claramente inconstitucional, conta, no plano da segurança pública interna, com respeitáveis adeptos, inclusive doutrinadores da área jurídica, certamente, pouco acostumados, ainda, com a atual Constituição Federal. Daí, convocar as Forças Armadas, como já tem sido feito com a Polícia Militar, para auxiliar os Juizados de Menores em questões eminentemente sociais não é hipótese descartável, de plano, apesar da inadequação e do desvio de funções institucionais.

a) Argumentos históricos

Como visto na parte inicial, o Brasil alternou momentos institucionais de democracia e ditadura no decorrer de sua história. As Constituições Federais dos respectivos períodos demonstram os regimes autoritários: 1824, 1937, 1967 e 1969, sendo, as seguintes, relativas aos períodos democráticos: 1891, 1934, 1946 e 1988. Ficou evidente e pontuado que a CF/88 foi a primeira Constituição Federal que determinou o tratamento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Sabidamente, o atual Texto Constitucional, em vigor desde 1988, encontra-se no vértice da pirâmide legislativa. Deve, portanto, direcionar todos os demais aspectos judiciários, legislativos e executivos da vida nacional.

A atual fase legislativa constitucional encontra-se no mesmo diapasão da vida democrática nacional. Existe uma identidade entre os paradigmas constitucionais e os fundamentos da vida em sociedade. Legislação democrática e sociedade democrática se complementam e coexistem em harmonia, apesar dos seguidos retornos às práticas autoritárias seculares.

Admitida a existência e a validade dos fundamentos constitucionais em vigor, tanto no plano legislativo superior como na vida em sociedade, torna-se claro que buscar a solução da criminalidade infanto-juvenil tão somente a partir do mero recolhimento dos menores das ruas das cidades simplesmente retrocede no recente passado histórico e, ao mesmo tempo, faz ressurgir ações autoritárias, que deixaram profundas seqüelas na sociedade brasileira.

Basta lembrar a escravidão, o trabalho infantil nas primeiras fábricas, o preconceito racial, a violação dos direitos das mulheres e o tratamento desrespeitoso aos idosos para perceber que, sempre, torna-se prudente tentar a defesa dos princípios democráticos e da cidadania.

A partir da CF/88, pela primeira vez no Brasil, garantiu-se às crianças e aos adolescentes, além da piedade humana, das ações religiosas e das medidas assistencialistas, a titularidade de direitos e de deveres na ordem jurídica nacional. Retirar um adolescente da rua, sem a prática de um ato infracional grave, previamente tipificado no Código Penal, constitui um abominável retrocesso histórico.

É que, historicamente, partia-se, sempre, da ultrapassada idéia de que os menores eram os responsáveis exclusivos pelos problemas sociais. Porém, com os novos ares democráticos, as responsabilidades foram partilhadas entre todos: família, sociedade e Estado. Nessa perspectiva histórica, inadvertidamente, a portaria judicial ataca a parte mais frágil e desprotegida das relações sociais, pois acaba fragilizando o poder familiar e passa a titularidade do poder familiar dos pais para o juiz.

Ora, se a violência aumenta no Brasil, admitida essa hipótese pelas estatísticas recentemente publicadas, não é somente pela repressão infanto-juvenil que se vai resolver um histórico problema brasileiro e mundial, e sim pela adoção de políticas públicas e ações institucionais, sejam políticas ou sociais, que devem ser ditadas e exigidas pela sociedade e, jamais, por meio de portarias, decretos-leis, medidas provisórias, por melhores que sejam as intenções de seus autores.

Exatamente como em muitas escolas brasileiras, em que normalmente se responsabilizam apenas os alunos pelo insucesso do sis-

tema de ensino, as portarias judiciais cometem o mesmo equívoco, ou seja, tratam severamente a parte mais frágil das relações jurídicas estatutárias, em vez de buscar as soluções pelo sistema garantista, exigindo-se uma ação mais contundente e efetiva da família e do próprio Estado.

Portanto, se, do ponto de vista histórico, por mais de quatro séculos, sempre se projetaram as soluções na parte mais frágil, na verdade, o *toque de recolher* apenas reitera os mesmos comportamentos ou condutas institucionais inadequadas de outrora, em vez de aplicar os modernos paradigmas internacionais da proteção integral e da garantia de prioridade absoluta.

Enfim, não é justo que, depois de sofrer por mais quatro séculos, novamente, crianças e adolescentes sejam cerceados em seu direito de ir e vir dentro do território nacional, sem as hipóteses específicas de flagrante ou ordem individualizada de apreensão judicial, em virtude da ausência ou precariedade das políticas públicas federais, estaduais e municipais e da omissão, negligência ou falta de competência dos pais.

b) Contrariedade aos postulados internacionais

Além de historicamente inadequado e inoportuno, o *toque de recolher* viola os princípios e as regras internacionais de proteção dos novos direitos de crianças e adolescentes, adotados pelo Brasil ao ratificar internamente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, por meio do Decreto nº 99.710/90 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Aliás, depois de o País ser amplamente aplaudido no mundo pela excelência do ECA e da CF/88, sendo modelo na América Latina, a nova institucionalização do *toque de recolher* coloca o Brasil em notório confronto com os respeitáveis organismos internacionais, sobretudo a Organização das Nações Unidas (ONU), que produziu a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁰

¹⁰ Ver Beloff e Mendez (2001, p. 96).

O Brasil acolheu ainda as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de *Beijing*) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad).

Em síntese, segundo Beloff e Mendes (2001, p. 118), as regras e os princípios relativos à apuração e punição de adolescentes deve apresentar as mesmas garantias dos adultos envolvidos na prática de crimes. Portanto, antes de restringir a liberdade de crianças e adolescentes – no plano internacional e incorporado ao sistema jurídico brasileiro –, deve-se garantir o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

As normas internacionais adotam dois paradigmas clássicos ao Direito infanto-juvenil. Responsabilizam o Estado, a família e a sociedade pela proteção das crianças e adolescentes e somente permitem a privação da liberdade em decorrência da prisão em flagrante ou ordem judicial escrita e fundamentada.

O *toque de recolher* comete duas ilegalidades internacionais. Primeiramente esquiva-se de proteger os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pois em vez de buscar a celeridade e a efetividade das decisões judiciais que discutem a proteção dos direitos básicos da cidadania infanto-juvenil, na verdade, atinge a parte que precisa de proteção de direitos e não de medidas punitivas ou sancionadoras do direito à liberdade.

Em segundo lugar, permite e exige que as autoridades policiais e os conselheiros tutelares, fora de suas funções institucionais, cumpram mandados genéricos de suposta apreensão em flagrante e criem tipos penais de natureza administrativa, fixando-se como conduta inadequada tão somente o direito de ir e vir, em qualquer parte do território nacional, nos horários que entenderem adequados, numa inaceitável e extremamente elástica discricionariedade administrativa.

Ora, na América Latina, o Brasil foi o primeiro país a incorporar e assumir a defesa dos modernos postulados internacionais de pro-

teção aos direitos de crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, expressamente revogou a doutrina do menor em situação irregular a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, repita-se, em absoluta consonância com os modernos paradigmas constitucionais e internacionais.

A adoção do *toque de recolher* apenas irá permitir que, mais uma vez, possivelmente, o Brasil seja cobrado pela Organização das Nações Unidas, pois existe clara e evidente lesão aos direitos humanos das crianças e adolescentes, cerceados em seu direito fundamental à liberdade, produto sagrado da *afirmação histórica dos direitos humanos*, na expressão de Comparato (2004). Constitui, assim, expressa violação da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, incorporada à legislação constitucional relativa à proteção dos direitos fundamentais, por força do art. 5º, §2º, da CF/88.

c) Inconstitucionalidades das portarias

Historicamente indevidas e com claros indicativos de violação das principais regras e princípios no plano legislativo internacional, observa-se que as portarias judiciais que criaram o *toque de recolher* são formais e materialmente inconstitucionais ao fazer o controle de constitucionalidade dos respectivos atos administrativos.

Diz-se que determinado ato jurídico ou administrativo é inconstitucional quando se choca direta ou indiretamente com as regras e os princípios constitucionais em vigor. Assim, sempre que um ato não for compatível com a respectiva norma constitucional de regência, deverá ser evitado, sob pena de ser anulado por decisão judicial superior, pois a Constituição Federal é o instrumento legislativo mais importante do país.

Como sabido no Direito brasileiro, existem quatro espécies de inconstitucionalidades: por ação, por omissão, material e formal. Inconstitucionalidade por ação significa fazer algo contrário à CF; por omissão é o deixar de fazer ou agir quando existe regra expressa determinando-se agir; a inconstitucionalidade formal ocorre quando o legislador viola os passos ou as etapas do procedimento legislativo;

a inconstitucionalidade material ocorre quando determinada norma constitucional recebe o confronto indevido, direto ou indireto, de uma lei ou ato administrativo.

Conhecida a base do sistema de controle de constitucionalidade, já de início, torna-se possível afirmar que uma portaria judicial que fixa horário genérico para que todas as crianças e adolescentes possam permanecer em determinados lugares e horários viola frontalmente o princípio constitucional da tripartição de Poderes da República, que determina ao Executivo a tarefa de execução das leis e das políticas públicas ou governamentais; ao Legislativo o dever de fixar em normas jurídicas as principais regras do comportamento social e ao Poder Judiciário a função precípua de julgar os conflitos sociais que lhe são apresentados, dentro das bases do devido processo legal.

É certo que, em algumas hipóteses excepcionais, os Poderes da República exercem funções atípicas, ou seja, o Judiciário legisla (atos administrativos internos dos tribunais), o Legislativo julga (nas comissões parlamentares de inquérito) e o Executivo também legisla (expedição de medidas provisórias).

Porém, em todos os casos, torna-se imprescindível verificar se existe expressa ou tácita autorização constitucional ou legislativa prévia para que o Poder Judiciário possa emitir decisões genéricas, como, por exemplo, na defesa dos interesses difusos ou coletivos de crianças e adolescentes, por força do art. 16 da Lei nº 7.347/85.

Mello (2000, p. 302) é taxativo em afirmar que somente por lei emanada do Congresso Nacional pode-se cercar a liberdade:

Só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõe obrigação de fazer e não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei [...].

Ora, sendo o direito de ir e vir tratado como direito fundamental de qualquer pessoa, independente de idade, sexo, cor, raça etc., somente por lei emanada do Congresso Nacional poderia restringir-se a liberdade do cidadão.

Observa-se que o juiz da Vara da Infância e da Juventude, no exercício de função tipicamente administrativa, pode cercear a liberdade de qualquer adolescente, desde que este tenha sido acusado da prática de ato infracional que exija a restrição de sua liberdade – função tipicamente jurisdicional e indelegável.

Porém, ao editar portaria que restrinja a liberdade sem a prévia existência de crime ou contravenção penal, usurpa função tipicamente legislativa que, excepcionalmente, abona a restrição à liberdade nas hipóteses de flagrante delito ou ordem judicial escrita e fundamentada dentro dos respectivos processos.

Portanto, por violação do princípio da teoria da tripartição de Poderes, lesão ao direito fundamental à liberdade, ausência de respeito ao devido processo legal e usurpação das funções típicas do Congresso Nacional, eventuais portarias judiciais podem ser questionadas perante o Tribunal de Justiça de cada estado-membro e perante o Supremo Tribunal Federal, tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade, inclusive perante o Conselho Nacional de Justiça, em virtude da caracterização do ato administrativo, nos termos do art. 103-B, §4º, da CF/88.

d) Ilegalidades das medidas administrativas

Superadas as inconstitucionalidades apontadas, observa-se que a portaria judicial também não resiste ao direto confronto com as regras e os princípios do ECA, sabidamente legislação federal, uma vez que os nobres magistrados utilizaram os parâmetros de uma lei expressamente revogada.

Assim, o equívoco na elaboração das portarias judiciais genéricas decorre da ausência de amparo legal, embora sejam utilizados desavisadamente os arts. 16, I, 148 e 149 do ECA como suportes legislativos.

Pela expressa revogação do Código de Menores pelo ECA, é evidente a ausência de regra legal permissiva de edição de provimentos ou portarias genéricas, conforme era autorizado pelo art. 8º do Código de Menores de 1979:

A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

A atenta leitura do art. 16, I, do ECA demonstra que a liberdade, em suas diversas formas, constitui direito estatutário de crianças e adolescentes, que somente pode ser contrariado nas hipóteses legais, ou seja, apreensão em flagrante, internação provisória ou definitiva.

Analisando-se com mais cuidado o art. 149 do ECA, conclui-se também que a emissão de portaria ou alvará judicial pode restringir a entrada e permanência de crianças e adolescentes – sem a companhia dos pais ou representantes legais (tutores, guardiões etc.) – em situações específicas e individualizadas no tempo e no espaço territorial, sendo restrita a interpretação do dispositivo legal, uma vez que, sendo ato administrativo, obrigatoriamente deverá restar caracterizada a autoridade competente.

Não existe, portanto, a possibilidade de regulamentação genérica de direitos e deveres de crianças e adolescentes, acompanhados dos pais ou representantes legais, exceto nas duas hipóteses do art. 149, II, *a* e *b*, do ECA, ou seja, em espetáculos públicos e seus ensaios e nos certames de beleza.

Significa dizer, a partir da leitura atenta dos dispositivos legais, que os Juizados da Infância e da Juventude não poderão mais publicar portarias genéricas, impedir o acesso e a permanência de crianças e adolescentes, por exemplo, em bailes, se acompanhados dos pais ou representantes legais, uma vez que o ECA expressamente revogou a possibilidade de emissão de portarias de cunho genérico dentro de cada comarca.

A razão é simples. É dever dos pais (pai e mãe) zelar ou cuidar dos filhos no exercício regular dos deveres inerentes ao poder familiar, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa pela entrada e permanência em locais contrários à boa formação moral dos filhos, e não mais dos Juizados de Menores, extintos desde 1990.

O ECA, o Código Penal e o Código Civil possuem regras bastante elucidativas sobre os direitos e deveres paternos. A troca da autoridade dos pais pela do juiz, além de ser um procedimento antiquado, transfere o exercício regular de um direito, em total confronto com os deveres familiares.

Na verdade, não se compreende a vontade na confecção e expedição de portarias, por serem regras de conteúdo nitidamente legislativo e de difícil produção técnica, sobretudo pelos vazios, pelas inconsistências e inconseqüências que produzem na vida social, quando as autoridades judiciárias que atuam na esfera infanto-juvenil encontram-se talhadas e, naturalmente, preparadas institucionalmente para proferirem julgamentos rápidos e objetivos em ações civis – individuais e coletivas – que lhes são submetidas, diariamente, à apreciação.

Além da ausência de permissão legal, as portarias judiciais acabam contribuindo, em tese e de forma inadvertida, para a ocorrência de diversas ilicitudes civis, penais e administrativas praticadas pelo próprio Estado.

Primeiro, como a CF e o ECA utilizaram as regras do Direito Penal para definir os atos infracionais, e os adolescentes somente poderão ser apreendidos dentro de determinado procedimento para apuração de ato infracional, cercear o direito à liberdade termina por induzir a autoridade policial a praticar o crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 230 do ECA, uma vez que a portaria genérica não possui o poder de criar tipos penais, como dito, função precípua do Congresso Nacional.

Segundo, é de fácil percepção legislativa, porém de difícil aceitação forense, que os conselhos tutelares não são vinculados, administrativa ou hierarquicamente, aos Juizados da Infância e da Juventude e, assim sendo, não são obrigados a cumprir a respectiva portaria, embora se saiba que muitos conselheiros tutelares adoraram a edição dos atos administrativos. A autoridade judiciária poderá, no entanto, sempre que provocada, rever decisões administrativas dos conselheiros tutelares. Porém, diferentemente dos comissários de menores, que são hierarquicamente submetidos ao poder adminis-

trativo do Juizado, os conselheiros tutelares não devem receber ordens escritas ou verbais de juízes, promotores de justiça, policiais, prefeitos e vereadores, fora das hipóteses legalmente permitidas, sob pena de abuso de poder das respectivas autoridades.

Terceiro, as medidas de restrição à liberdade acabam punindo duplamente crianças e adolescentes. Apenas como exemplo, a pedofilia ocorre, na maior parte das vezes, dentro das próprias residências e é quase sempre praticada por parentes etc. Exigir o retorno da vítima à sua casa significa perpetuar a amargura pelo fato de ser vítima e, ao mesmo tempo, fazê-la retornar às mãos escondidas dos seus algozes.

Por último, é interessante questionar se as portarias judiciais conseguiriam prever todas as hipotéticas situações. Somente para exemplificar: adolescentes que trabalham nas madrugadas, nas portas das festas, bailes etc. cuidando de veículos são enquadráveis? O que deve ser feito quando a cidade não possui o programa de abrigo ou rede de proteção psicossocial ou quando os adolescentes são de outras cidades? Adolescentes vítimas de crimes, ou seja, que ingerem bebidas alcoólicas, devem ser punidos? E, como fica a punição dos donos de bares que fornecem as bebidas?

Enfim, o sistema legislativo já existe. Mais atos legislativos somente dificultariam a atuação do sistema de proteção integral. Basta cumprir a lei!

Finalizados os certos argumentos – fáticos e jurídicos – contrários ao *toque de recolher*, cristalizado em portarias judiciais, por amor ao debate, torna-se fundamental, pelo menos, colocar em dúvida a falácia dos argumentos utilizados na defesa das portarias, sempre respeitando o zelo, o esforço e a dedicação da magistratura brasileira que atua nas varas da infância e da juventude.

A primeira falácia é a de que a sociedade exige a edição de portarias judiciais. Para ter certeza da veracidade das afirmações, seria necessário divulgar aos órgãos de controle judicial e administrativo como foi obtido o consenso social: quem participou dos debates; quem esclareceu o alcance e as consequências das medidas; quais os meios de divulgação dos resultados; enfim, quais os meios técni-

cos ou científicos utilizados para demonstração de que determinado grupo social almeja a edição de portarias.

Na verdade, a impressão pessoal que se tem, pelo menos pelas informações disponibilizadas na imprensa nacional, é que, pressionadas por pequenos grupos sociais, determinadas autoridades judiciárias e ministeriais, sem medir as reais conseqüências de seus atos, sucumbem aos louros momentâneos da fama, ou seja, aos malfadados e conhecidos 15 minutos de TV.

A sociedade, em longo prazo, sabe que medidas adotadas sem maior critério jurídico e desatentas aos postulados constitucionais, mais cedo ou mais tarde, serão revistas e permanecerá, como sempre ocorre nas medidas sensacionalistas, a sensação de clara frustração e reforçadora da visão popular de que nada é feito na defesa da cidadania, sendo que existem milhares de advogados, promotores de justiça e juizes trabalhando na forma preconizada pela legislação brasileira e, mais importante ainda, com o objetivo de garantir o cumprimento do ECA.

A segunda falácia é a de que onde o toque de recolher foi instituído, em pouco tempo, diminuiu a violência infanto-juvenil. A afirmativa, além de desconsiderar todas as pesquisas científicas sobre segurança pública, visivelmente, leva em consideração apenas a percepção pessoal das autoridades envolvidas e os números oficiais da Polícia Militar ou do Conselho Tutelar.

É público e notório que os registros policiais militares não identificam nem um terço dos crimes que ocorrem nos países, inclusive no Brasil. Existe significativa quantidade de crimes, conhecidos como *cifras ocultas da criminalidade*, que não são levados aos registros policiais ou judiciais.

Várias são as razões para que os crimes não sejam registrados. As vítimas preferem o silêncio; alguns crimes não deixam provas; outros são praticados pelo próprio Estado.

Enfim, afirmar que a violência diminui pela adoção do toque de recolher merece sérias reservas.

Expostos os argumentos e contrariados os fundamentos da edição das portarias judiciais, torna-se necessário mostrar as principais soluções legais, encontradas a partir do correto e eficiente funcionamento dos sistemas protetivo e punitivo de crianças e adolescentes, muito embora os temas sejam muito mais profundos e complexos, sendo que se objetiva, tão somente, destacar que a lei brasileira é adequada e pode, se utilizada corretamente, reduzir a criminalidade de adultos e de adolescentes.

Doravante, serão detalhados, unicamente, os principais aspectos inerentes ao funcionamento da rede de proteção integral, a partir da adoção do princípio estatutário da municipalização, e o procedimento para apuração de atos infracionais, passando-se ao largo do processo penal contra adultos que violam direitos infanto-juvenis e do processo civil – individual e coletivo de proteção infanto-juvenil.

5. Rede municipal de proteção integral dos novos direitos

Visto o ECA em sua parte estrutural e após a exposição dos argumentos contrários ao *toque de recolher*, torna-se imprescindível demonstrar o que deve ser feito, a partir do material legislativo e da escassa doutrina e jurisprudência disponível.

A CF e o ECA determinaram a municipalização da política de proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Trata-se de uma clara aposta no fato de que é no território municipal que a juventude brasileira possui melhores condições de ser protegida e, ao mesmo tempo, também sofre mais de perto os nefastos efeitos das ações ou omissões da família, da sociedade e do Estado.

Assim, o cumprimento do ECA exige a cabal assunção – principalmente pelos municípios – dos compromissos legais fixados pela CF e pelo ECA.

Entretanto, no quadro geral, depois de quase vinte anos de vigência do ECA, observa-se que milhares de municípios nem sequer possuem legislação regulamentadora do novo sistema constitucional, apesar da autonomia.

Muitos daqueles que possuem legislação aprovada ainda não implantaram os conselhos (CT e CMDCA). Aqueles que possuem a lei municipal e os conselhos comunitários criados não implantaram ou não estruturaram a rede de proteção integral, sendo que no Estado de Minas Gerais foram deflagradas centenas de ações civis públicas para obrigar os municípios a elaborarem a lei, implantarem os conselhos comunitários e organizarem os programas de proteção.

A criação e o adequado funcionamento dos programas de proteção constituem uma excelente pauta de atividades nas comarcas, em vez da portaria que cria o *toque de recolher*. Aliás, a publicação de portarias judiciais deixa os municípios numa posição confortável, uma vez que é atribuída ao Poder Judiciário a solução dos problemas da juventude pobre.

Da mesma forma, as decisões colegiadas dos conselhos tutelares – quando aplicam as medidas específicas de proteção – são taxativamente descumpridas pelos poderes públicos municipais, seja pela falta, seja pela insuficiência dos programas de proteção infanto-juvenil.

Assim, critica-se a atuação do conselho tutelar quando, na verdade, o mais adequado seria cobrar dos prefeitos e das secretarias municipais a disponibilização, em tempo integral, dos programas de proteção das vítimas da violência, principalmente da violência sexual.

Sabidamente, tornaram-se obrigatórias a descentralização administrativa, a municipalização, a participação da sociedade e a criação e o funcionamento da rede de proteção integral e prioritária, com a completa implementação dos programas previstos no art. 90 do ECA, porém existe um longo e difícil caminho a ser percorrido na defesa dos novos direitos.

É importante relembrar que a falta dos programas municipais da rede integralizada, a precária atuação dos CTs e do CMDCA e a pouca participação da sociedade nos processos decisórios, ainda impregnados pela vetusta doutrina menorista, prejudicam a comunidade infanto-juvenil e violam a vontade do legislador constituinte originário e do estatutário.

Na prática diária nos juízos especializados, por conta do desconhecimento das funções do CT e do CMDCA, muitos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, que deveriam fiscalizar, acabam exercendo atividades próprias dos órgãos e das entidades públicas e privadas da rede municipal de proteção e os conselhos comunitários não recebem estímulos institucionais para agir no cumprimento de suas respectivas finalidades. Inverte-se a lógica do novo sistema garantista, uma vez que o Estado, o juiz e o promotor de justiça continuam executando atividades assistenciais, psicológicas e filantrópicas, próprias de assistentes sociais, psicólogos, pedagogos etc.

O correto funcionamento e a implementação da rede municipal excluirão da apreciação do Poder Judiciário questões próprias de outros setores da sociedade civil, realçarão as funções eminentemente jurisdicionais e, ao mesmo tempo, reforçarão a atuação do Ministério Público, do CT e do CMDCA, uma vez que permitirão que suas decisões administrativas ou resolutivas sejam integralmente implementadas, sem a necessidade do socorro às vias jurisdicionais, liberando-se o Poder Judiciário para as questões que realmente exigem a intervenção jurisdicional.

Assim, com a implantação de todos os programas municipais, será possível permitir que o Poder Judiciário, em vez da publicação de portarias, canalize seus esforços e recursos administrativo-jurisdicionais para sua finalidade específica: decidir com a necessária presteza os conflitos – individuais e coletivos – que lhe são submetidos à apreciação, que já são bastantes.

Antes da discussão judicial ou administrativa, nos casos de lesão ou eventuais ameaças a direitos, observa-se que o ECA, como visto, além de determinar a municipalização do atendimento, também obrigou a criação da rede municipal integralizada de proteção, fato facilmente percebido a partir da atenta leitura do seu art. 90.

O dispositivo legal trata de dois tipos de programas que devem ser desenvolvidos, obrigatoriamente, dentro de cada município. Os primeiros incisos têm conteúdo nitidamente preventivo, ou seja, fixam as regras e os princípios de ação protetiva com o objetivo da

reinclusão social, econômica e jurídica das famílias na sociedade. Os três finais têm conteúdo claramente repressivo, uma vez que estabelecem as formas de cumprimento das medidas socioeducativa. A completa operacionalização do sistema exige, portanto, a criação dos programas fixados no art. 90 do ECA, segundo SÊDA (2004).¹¹

O primeiro – programa de orientação e apoio sociofamiliar – tem como objetivo prestar atendimento e tratamento social, psicológico, jurídico e pedagógico às famílias carentes e que necessitem dos serviços da rede, em qualquer dia e horário, sempre que caracterizado o *estado de necessidade social*.¹² A idéia do programa concentra-se na disponibilização de recursos humanos e materiais ou meios de proteção das crianças e adolescentes vitimizadas pelo abandono familiar, maus-tratos, uso de drogas, trabalho e prostituição infantil, crimes etc.

É o programa municipal adequado para que as famílias sejam orientadas em seus direitos e deveres básicos, na busca da sadia qualidade de vida, ou seja, em vez do sistema de Justiça e da polícia, as famílias deveriam receber ajuda e proteção de advogados, psicólogos e assistentes sociais, inclusive nas residências, se necessário.

O segundo – programa de apoio socioeducativo em meio aberto – objetiva a proteção das crianças e dos adolescentes que apresentem dificuldades diversificadas nas escolas, sobretudo em relação à falta de vagas, evasão escolar, qualidade do ensino e à própria violência ou rebeldia nas escolas. A base do programa centra-se no apoio à sociedade infanto-juvenil naquilo que concerne à sua formação profissional e intelectual no ambiente escolar – público ou privado.

¹¹ Seja para concordar ou discordar, a leitura do prof. Edson Seda, quem participou das discussões relativas à criação do ECA deveria ser obrigatória para quem atua nas varas da infância e juventude.

¹² Estado de necessidade social significa, para Edson Seda, a situação de milhões de crianças sem acesso à escola, à saúde, vítimas da prostituição, do trabalho infantil e de crimes cometidos por adultos. Ao invés da repressão, as vítimas deveriam receber proteção integral. As crianças e as famílias em estado de necessidade social são duplamente vitimizadas. Primeiro, pelo crime; segundo, pelo tratamento desumano que recebem nas estruturas administrativas de muitos municípios brasileiros.

A repetência, a expulsão e a violência escolar recebem poderoso antidoto administrativo e poderão ser erradicadas ou pelo menos haveria diminuição da incidência dos principais problemas escolares com a implantação do programa. Novamente, advogados, psicólogos e assistentes sociais prestariam indispensável apoio às escolas brasileiras, dentro de um programa coordenado e organizado pelo município.

O terceiro – programa de colocação familiar – tem como missão preparar as famílias-substitutas, organizar o sistema de tutela, guarda e adoção e, além disso, fazer o acompanhamento dos pretendentes ou inscritos à adoção judicial. Trabalha com todas as formas e mecanismos capazes de impedir ou pelo menos reduzir a institucionalização das crianças e dos adolescentes em abrigos, orfanatos, casas-lares etc.

Sua implantação impediria a demora ou a desistência nos processos de adoção judicial, uma vez que as famílias seriam orientadas sobre seus futuros deveres e direitos e, a longo prazo, pelo menos, reduziria o número de crianças institucionalizadas em abrigos, que, em vez de um lugar e/ou espaço físico, deveriam constituir um programa de proteção.

O quarto – programa de acolhimento institucional – objetiva ser um espaço físico gerenciado pela municipalidade em conjunto com a sociedade civil, com o escopo de abrigar – de forma temporária e excepcional – crianças e adolescentes que necessitem de imediato socorro ou proteção, antes da urgente inclusão em família substituta ou o posterior retorno à família biológica.

Infelizmente, em decorrência da continuidade da política menorista, as medidas de abrigo, que deveriam ser excepcionais e temporárias, tornaram-se definitivas e mantêm intacto o perverso processo de institucionalização de crianças e de adolescentes pobres, que, destituídos do poder familiar, não têm acesso a famílias-substitutas ou outros programas de reinserção social nos termos da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.

Os demais programas – liberdade assistida, semiliberdade e internação – servem para que os adolescentes condenados pela Justiça

da infância e da juventude cumpram adequadamente as medidas socioeducativas fixadas nas decisões judiciais. Possuem cunho repressivo e visam punir, recuperar ou reintegrar na sociedade, os adolescentes praticantes de ato infracional.

Para lograr êxito na implantação da rede municipal de proteção integral, o processo coletivo brasileiro, especialmente pelo uso das ações civis públicas capitaneadas pelo Ministério Público, segundo Almeida (2003, p. 460-465), pode ser uma excelente forma de proteção dos novos direitos infanto-juvenis, ao lado das ações administrativas dos conselhos tutelares e das decisões colegiadas dos conselhos de direitos.

No plano jurisdicional, é possível, portanto, mediante a instauração de inquéritos civis e, se necessário, pela rigorosa utilização das ações civis públicas, exigir dos municípios que cumpram suas funções sociais e administrativas, determinadas pelo art. 88 do ECA e 204 da CF.

Nesse aspecto, é preciso reconhecer, ainda, uma certa timidez do Ministério Público brasileiro no uso das ações civis públicas, se frustradas as tentativas de solução negociada, com o objetivo de exigir a implantação de todos os programas de proteção juvenil.

Talvez, se fossem ajuizadas mais ações coletivas, certamente os adeptos das portarias teriam condições de dar uma resposta à altura dos anseios coletivos da sociedade.

Antes da portaria judicial que cria o *toque de recolher*, salvo melhor juízo, seria de fundamental importância exigir do município, do estado, do Distrito Federal e da União, seja pela educação política para a cidadania, seja pelas ações individuais e ações coletivas, com pedidos de obrigação de fazer, nos termos do art. 213 do ECA, que produzam políticas públicas suficientes e necessárias para reverter a dramática situação de milhões de crianças e adolescentes.

O Supremo Tribunal Federal, por voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no RE Agr 410.715/SP, relativo à disponibilização de

creches para crianças de zero a seis anos de idade, reconheceu a responsabilidade dos municípios e a importância do cumprimento do ECA e da CF.

Enfim, com crianças nas escolas, pais responsáveis e programas e instituições funcionando corretamente, em pouco tempo, o Brasil seria considerado um país de primeiro mundo, em vez do eterno país em desenvolvimento.

6. Rede punitiva dos atos infracionais

O ECA não trouxe impunidade ou somente direitos para a juventude brasileira. Parece difícil à opinião pública e a parte dos operadores do Direito perceber, mas existe um rigoroso sistema de apuração da prática de atos infracionais, que, em muitos casos, é mais severo do que o sistema de Justiça criminal, conforme defende Almeida (2003). Somente para recordar, não se aplicam, nas apurações da prática de atos infracionais, os possíveis benefícios das Leis dos Juizados Especiais Criminais aos adolescentes apreendidos em flagrante delito.

Ora, se em determinada cidade brasileira, segundo as pesquisas locais ou o gosto individual das respectivas autoridades, existe o aumento da criminalidade praticada por adolescentes, apenas pela aplicação da legislação estatutária e da CF e, acima de tudo, pelo reforço da educação para a cidadania será possível iniciar o caminho da reversão dos principais problemas.

É preciso lembrar que parte da doutrina penalista discute os reais benefícios do uso exclusivo dos paradigmas penais para resolver os problemas da criminalidade em quaisquer de suas vertentes. Ultrapassando-se as correntes mais radicais, ou seja, a da total exclusão do Direito Penal da ordem jurídica e, em sentido oposto, a do Direito Penal do Inimigo, entende-se como mais viável, tecnicamente, nos estreitos limites do presente trabalho, aquela que defende possíveis punições criminais, ou seja, aplicação das medidas socioeducativas, desde que de acordo com as garantias constitucionais relativas aos direitos fundamentais de quaisquer acusados, inclusive adolescentes.

Mais grave ainda é o fato de que crianças e, sobretudo, adolescentes negros são muito mais vítimas do que autores de infrações penais no Brasil, muito embora sempre seja alardeado o fato de que aumenta a violência juvenil, que, reconheça-se, é preocupante; porém, muito mais terrível é a violência praticada contra a juventude brasileira. Assim, antes do *toque de recolher*, alguns passos, ações ou medidas governamentais e administrativas são necessários; porém, ainda não foram implementados, nem sequer iniciados na maior parte do Brasil.

Duas características podem ser apontadas no sistema criminal. Em relação aos adultos que cometem crimes contra crianças, predomina evidente impunidade. Somente para se ter uma idéia, em relação aos crimes sexuais no Brasil, seguramente menos de 1% dos criminosos é punido. Aqueles que são processados e condenados, em decorrência da frouxidão da lei penal, em menos de dois anos, retornam às famílias, sem que tenham sido tratados em clínicas médicas ou acompanhados por equipes psicossociais.

De outro lado, o sistema administrativo de proteção das vítimas de crimes não possui eficiência comprovada. O sistema é desarticulado, omissivo e, muitas vezes, pelo tratamento inadequado dispensado, ocorre o fenômeno da dupla vitimização. Portanto, o infrator da lei penal não recebe a devida punição e a vítima é esquecida no processo penal e, na esfera psicossocial, não passa de mais um número.¹³

No tocante à apuração dos atos infracionais, a omissão dos estados-membros e dos municípios é patente, ou seja, o Poder Judiciário julga e condena, porém, os adolescentes não cumprem as medidas socioeducativas. Enfim, estabelecidas as principais críticas, alguns passos ou medidas políticas governamentais são necessários.

Primeiro, para atacar a violência praticada pelos adolescentes, torna-se imprescindível que sejam criadas delegacias de polícia, de-

¹³ Uma publicação da ABRAPIA (Associação brasileira multiprofissional de proteção à infância e adolescência) – 3. ed., Petrópolis: RJ: Autores & Agentes & Associados, 2002 – trata a dramática situação das vítimas de crimes sexuais. Um dado é assustador; durante uma vida, um pedófilo ativo em média abuse de 260 crianças ou adolescentes.

fensorias públicas, promotorias de justiça e juizados especializados na exclusiva apuração de atos infracionais. Muitas cidades possuem apenas uma autoridade da respectiva carreira jurídica para cuidar de tudo – da briga de vizinhos ao homicídio qualificado – e, objetivamente, não possuem as mínimas condições de atuar com a eficiência e a operosidade desejada.

Apenas como reforço de convencimento, admitida a hipótese de que todos os atos infracionais fossem registrados e fossem então iniciados os procedimentos apuratórios, em pouco tempo, o sistema de apuração sofreria colapso, em virtude da falta de pessoal e de condições de trabalho, sobretudo nas principais capitais brasileiras, que não possuem estrutura e condições nem para atender as demandas relacionadas a procedimentos que envolvem maiores de idade.

Assim, a primeira ação objetiva consiste em obter lotação mínima de pessoal e condições adequadas de trabalho, fato que, infelizmente, passa ao largo das discussões populares e das portarias, pois é muito mais difícil do que determinar a apreensão de jovens das periferias e das pequenas cidades brasileiras.

A segunda ação seria a seleção de profissionais vocacionados para a atuação específica na esfera infanto-juvenil, que exige o domínio de aspectos básicos de vários ramos do Direito, sobretudo do Direito Penal e do Processo Penal, além dos fundamentos do Direito Constitucional.

Numa área do Direito essencialmente técnica, formatada num inteligente microssistema jurídico, ainda é comum a idéia de que no Direito Menorista não é necessária a utilização dos fundamentos do Direito, fato que sempre afastou os profissionais mais capacitados. Como tudo pode ser resolvido pela Justiça menorista, que não precisava respeitar as regras do Direito Material e do Direito Processual, torna-se desnecessário especializar o operador do Direito.

Felizmente, a própria formatação do ECA modificou radicalmente o sistema ao cristalizar os fundamentos constitucionais, circunstância que exige a especialização, sob pena de retrocessos históricos, como da adoção do *toque de recolher*.

Portanto, a vocação para o trabalho de proteção, a especialização jurídica dos componentes da rede bem como a vocação natural para as ações na rede constituem aspectos essenciais na defesa da infância e da juventude.

Ultrapassadas as difíceis questões relativas à quantidade e à qualidade dos operadores do Direito, de nada adianta uma atuação escorregadia de todos se o estado-membro e os municípios não criarem e implantarem os programas punitivos, desde a reparação de danos civis até a medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 112 do ECA.

A doutrina divide as responsabilidades governamentais em duas vertentes. Nas medidas socioeducativas em meio aberto, é do município a responsabilidade (reparação de danos, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida). Já as medidas em meio fechado (semiliberdade e internação) são de responsabilidade de cada estado-membro da federação.

No entanto, os regimes ou programas de prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, quando existem nos municípios, normalmente, repetem os mesmos equívocos do regime aberto para adultos, ou seja, são sistemas de autêntica impunidade, em que a maior punição, normalmente, consiste em assinar um livro no fórum ou numa delegacia de polícia.

Na maior parte das vezes, embora a doutrina infanto-juvenil demonstre que as medidas socioeducativas em meio aberto sejam as melhores e as mais eficientes, na prática, pelos menos nas cidades de menor porte populacional, quando existem, são programas municipais improvisados e sem nenhuma chance de se obter a promoção social dos adolescentes. Ora, se programas fossem criados corretamente em todos os municípios da federação e cumpridos, de acordo com as orientações do ECA, certamente, reduziriam em muito a notória sensação de impunidade juvenil.

Assim, a edição da portaria judicial, além de reduzir a importância da atuação dos municípios na aplicação das medidas socioeducati-

vas, dificulta a discussão necessária sobre a eficiência dos programas em meio aberto.

No meio fechado, sob a responsabilidade dos estados-membros, são raros aqueles que criaram ou implantaram o regime de semiliberdade. Equivalente ao regime semi-aberto dos adultos, constitui uma utopia na maior parte do Brasil.

As internações determinadas pelo Poder Judiciário não são cumpridas por falta de vagas ou, muitas vezes, são cumpridas em cadeias, penitenciárias, inclusive com maiores e adolescentes juntos, em alguns casos, de sexos diferentes, como recentemente noticiado nos estados do Pará e do Espírito Santo.

Será que as cidades brasileiras que decretaram o *toque de recolher*, antes do alarme da situação, preocuparam-se em criar as condições para o adequado e eficiente funcionamento dos sistemas protetivo e punitivo?

Novamente, é importante destacar: o CMDCA, os conselhos tutelares e o Ministério Público podem, dentro de suas respectivas atribuições, cobrar ações mais objetivas do estado-membro e do município na obrigatória implantação do sistema punitivo.

Na linha final, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é obrigatória a instalação dos centros de internação para adolescentes, sendo paradigmática, pelo alcance, a decisão do Ministro-Presidente Gilmar Mendes no pedido de Suspensão de Liminar nº 235-0, Comarca de Araguaína – TO. A decisão da Corte Constitucional indicou, de forma clara, objetiva e didática, que os estados-membros devem cumprir o ECA e a CF no plano punitivo infanto-juvenil.

Enfim, ultrapassados os aspectos preventivos, torna-se fundamental implantar o sistema punitivo para adolescentes, sempre de acordo com a lei.

7. Conclusão

À guisa de conclusão, o presente tópico será dividido em duas partes complementares.

Inicialmente e de forma exemplificativa, serão expostas as sínteses das principais ações sociais, administrativas e judiciais que poderiam ser utilizadas antes do *toque de recolher*.

Em seguida, serão abordados os aspectos inerentes à exclusão das portarias judiciais do atual ordenamento jurídico, através das ações educativas, administrativas e judiciais cabíveis.

A primeira ação relativa às duas situações deve ser educativa. A exigência básica para o começo da discussão é a atenta leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente. De nada adianta discutir o tema da violência infanto-juvenil e a implantação das redes de proteção sem o conhecimento básico da lei e de seus fundamentos históricos.

A segunda ação, que decorre do conhecimento básico dos sistemas – preventivo e punitivo –, reside na implantação da rede integrada de proteção e na implementação do sistema punitivo relativo aos atos infracionais, além da criação da justiça especializada, tanto no tocante à situação do adolescente como autor de ato infracional quanto em relação aos crimes praticados contra crianças e adolescentes.

A terceira ação consiste na deflagração de ações judiciais, individuais ou coletivas, seja pelos eventuais interessados ou pelo Ministério Público, com a utilização dos fundamentos previstos na Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.069/90, na linha desenvolvida por Almeida (2008).

A utilização das regras e dos princípios do processo coletivo brasileiro traduz-se numa etapa importantíssima e inadiável para a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

A prova inequívoca das poucas ações coletivas, particularmente das ações civis públicas, reside no baixo número de matérias ou temas relativos à infância e juventude que, até hoje, chegou ao Supremo Tribunal Federal, apesar dos mais de vinte anos da entrada em vigor da CF/88. Ademais, pelo menos em dois casos paradigmáticos, o STF deu uma resposta adequada, ou seja, acatou as teses de que é do município a responsabilidade pela adoção de providências para que nenhuma criança

fique fora da escola e destacou a obrigatoriedade legal de os estados-membros cuidarem das medidas socioeducativas em meio fechado.

Além das ações civis públicas, o STF reconhece que o Ministério Público dispõe de atribuição para, através de sindicância, nos termos do art. 201, VII, do ECA, investigar crimes praticados contra crianças e adolescentes, conforme o HC nº 82.865-5-GO, da lavra do Ministro-Relator Nelson Jobim.

Do mesmo modo, reexaminando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda se observa a diminuta quantidade de ações judiciais que discutem a validade dos fundamentos do ECA, apesar de quase vinte anos de sua entrada em vigor.

A ausência de uma jurisprudência mais robusta e sedimentada, em que pese a copiosa doutrina nacional, pode ser fruto da pequena quantidade de ações judiciais ou decorre da massificação da elaboração dos termos de ajustamento de conduta?

Malgrado os esforços, pelo menos aparentemente, dada a falta de pesquisas científicas, inclino-me à idéia de que precisamos ser muito mais arrojados na defesa dos direitos infanto-juvenis. No entanto, o tema admite intensa discussão, sobretudo científica.

Porém, antes das ações judiciais, é importante o estímulo à elaboração dos termos de ajustamento de conduta (TAC) dos agentes públicos à lei, uma vez que o ECA é desconhecido e, por isso, muitas vezes descumprido, sobretudo pelos integrantes das administrações públicas estaduais, municipais e federais, sendo que a utilização criteriosa dos TACs reduziria a carga de processos judiciais, e atingir-se-iam mais rapidamente os objetivos da proteção integral e da prioridade absoluta.

Já existe aparente pacificação doutrinária e ainda alguma discussão jurisprudencial, embora já contemos com excelentes decisões do STF, principalmente em relação às ações judiciais coletivas, no sentido de exigir que os municípios implementem todas as etapas e cumpram as fases das medidas e dos programas de proteção, bem como providenciem a organização e o funcionamento das medidas administrativas para punição dos adolescentes em meio aberto. Da mesma forma, contamos com sábias decisões do STF no sentido de exigir que os estados-membros implementem as medidas administrativas para o fun-

cionamento do sistema fechado de punição para adolescentes e que as decisões judiciais, do primeiro ao último grau recursal, coloquem em prática os fundamentos das recentes reformas do processo civil, especialmente, com a melhor utilização da tutela específica, relativas às obrigações de fazer e não fazer contra os poderes públicos.

A aceitação das teses da reserva do possível, do poder discricionário da administração pública e da excessiva judicialização das políticas públicas, além de descumprir os paradigmas da Constituição Federal, também serve como válvula de escape para a omissão ou ação indevida do Estado brasileiro, bem como para a permanência dos problemas vividos pela juventude brasileira e a pouca eficiência ou criação dos programas governamentais de proteção.

Em resumo, antes do *toque de recolher*, observou-se que o sistema administrativo e judicial de proteção dos novos direitos fundamentais das crianças e adolescentes possui um longo, difícil e lento caminho a percorrer e, acima de tudo, primariamente conhecido de todos, principalmente daqueles que atuam no sistema de proteção infanto-juvenil.

Aceitos argumentos de que o *toque de recolher* é ilegal e inconstitucional, o que deve ser feito? Primeiro, sem nenhuma dúvida, deve haver intensa discussão acadêmica e ação educativa no sentido de demonstrar o retrocesso histórico e garantir que as portarias sejam revogadas, de ofício, na difícil missão de reconhecer o equívoco histórico e que pode ser cometido por quaisquer autoridades.

Segundo, deve-se levar a discussão para o plenário do conselho municipal de direitos, autoridade competente para discutir e estabelecer as políticas públicas de proteção e punição de adolescentes, para que, através de resoluções, sejam fixadas as regras da proteção infanto-juvenil local.

Terceiro, individualmente, deve-se utilizar o *babeas corpus* sempre que qualquer criança ou adolescente sentir-se ameaçado no seu direito de ir e vir.

Quarto, com representação administrativa na Corregedoria-Geral de Justiça e do Ministério Público, respectivamente, em virtude do abuso de poder decorrente da expedição de portarias ilegais.

Quinto, deve-se noticiar os fatos ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público para o exercício do controle administrativo.

Sexto, deve-se propor ação civil pública anulatória de ato administrativo de efeitos concretos, utilizando os paradigmas do controle difuso de constitucionalidade.

Finalmente, torna-se fundamental, apesar das ações indevidas que de tempos em tempos ressurgem, como o exemplo do abominável *toque de recolher*, dos avanços e retrocessos naturais de uma democracia que se forma na vida diária do cidadão, sempre acreditar, como diz a música popular, que: “*amanhã será um novo dia*” e parafrasear Carlos Drummond de Andrade no sentido de que “*é preciso tirar a pedra do meio do caminho, pois no meio do caminho tinha uma pedra*”, que viola a liberdade das crianças e adolescentes.

8. Referências bibliográficas

ABRÁPIA. *Do marco zero a uma política pública de proteção à criança e ao adolescente*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito material coletivo: superação da Summa Divisio: Direito público e Direito privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANDI, CONANDA, UNICEF. *Ouvindo conselhos: democracia participativa e direitos da infância na pauta das redações brasileiras*. Série Mídia e Mobilização Social, n. 8. São Paulo: Cortez, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BELOFF, Mary; MENDEZ, Emílio Garcia (Org.). *Infância, lei e democracia na América Latina*: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção internacional sobre os direitos da criança – 1990-1998. Blumenau: EDUFURB, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORBA, Maria Rosi de Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. *Jus Navegandi*, Teresina, a.6, n. 59, out. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 02 set. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001. (Série Folha Explica).

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREA, Cláudia Peçanha; GOMES, Raquel Salinas. *Trabalho infantil*: as diversas faces de uma realidade. Petrópolis: Viana & Mosley, 2003.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiene Rose Petry. *Trabalho infantil*: a negação de ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

DEBARBIEUX, Eric; BLAYA, Catherine. *Violência nas escolas*: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

DEL PIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

_____. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____. (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. 11. ed. São Paulo: Ática, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: a criança no Direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Marcos César (Org.). In: *História social da infância no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HECKMAN, James. O bom de educar desde cedo. *Revista Veja*. São Paulo: Abril, ed. 2116, ano 42, n. 23, p. 21-25. 10 jun. 2009.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo: o valor da educação no desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Francis, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. Trad. Walter Stonner. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Público Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Goiânia-GO: Casa do Psicólogo, 2004.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a Constituição Federal?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *História social da criança abandonada*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARSHALL, T. A. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar: Rio de Janeiro, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Liberdade, respeito, dignidade*. Brasília: Governo do Brasil, 1991.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTANER, Carlos Alberto; MENDONZA, Plínio Apuleyo; LLOSA, Álvaro Vargas. *Manual do perfeito idiota latino-americano*. Trad. Rosemary Moraes e Reinaldo Guarany. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e Adolescência: *uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufcs.br/arquivos/infancia-e-adolescencia>>. Acesso em: 20 mar. 2004.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PILOTTI, Francisco; Rizzini, Irmã. (Org.). *A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003. (Série Folha Explica).

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Amaiz, 1997.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Loyola, 2004.

SALTER, Anna C. *Predadores, pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais: quem são, como agem e como podemos proteger a nós mesmos e nossos filhos*. Trad. Antônio Francelino de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2009.

SANDERSON Christiane. *Abuso sexual em crianças: fortalecendo pais e professores para proteger crianças e abusos sexuais*. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÊDA, Edson. *A criança e o prefeito estadista: guia do estatuto da criança e do adolescente para prefeitos municipais e sua equipe*. Rio de Janeiro: Adês, 2002. Disponível em: <<http://members.tripod.com.br/edsonseda>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

_____. *A criança e o fiel da balança: a solução de conflitos segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Adês, 2004. Disponível em: <<http://members.tripod.com/edsonseda/criancafiel2.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

SHARGEL, P. Franklin, SMINK Jay. *Estratégias para auxiliar o problema de evasão escolar*. Trad. Luiz Frasão Filho. Rio de Janeiro: Dunya, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

TAVARES, Patrícia. Os Conselhos dos direitos da criança e do adolescente. In: CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Resumo oficial da situação da infância*, 2003. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. *Situação da Infância e da Adolescência Brasileira 2009*. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

VERONESE, Joseane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIANNA, Guaraci. *Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Artigo enviado em: 30/07/2009

Artigo aprovado em: 14/06/2010