

Análise da legalidade do toque de recolher diante do REsp.1292143/SP

Analysis of the legality of the curfew before REsp.1292143/SP

RESUMO

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa científica realizada na cidade de Fernandópolis localizada no interior do estado de São Paulo. No referido município crianças e adolescentes estavam expostas à mazelas das mais variadas formas. Diante desse quadro o Juizado da infância e Juventude expediu uma portaria (08/2009) regulamentando o ingresso de tais indivíduos em determinados locais visando protegê-los dos perigos a que estavam expostos. Pretende-se aqui demonstrar que tal medida, fruto de um ativismo judicial, é dotada de legalidade e constitucionalidade, baseando em dispositivos legais, doutrina além do próprio texto constitucional. Por fim, será demonstrado que a adoção de tal medida põe a salvo o jovem dos perigos que permeiam o ambiente noturno, comprovando que o toque de recolher para menores de 18 anos é uma boa medida de combate à delinquência juvenil.

Palavras-chave: Legalidade; Delinquência; Liberdade; Menores; Portaria.

Abstract

This work is the result of a scientific study in the city of Ferndale located within the state of São Paulo. In said county children and adolescents were exposed to the ills of the most varied forms. Given this situation the Court for Childhood and Youth issued a decree (08/2009) regulating the admission of such individuals in certain locations aiming to protect them from the dangers to which they were exposed. The intention here is to demonstrate that such a measure, a result of judicial activism, is endowed with legality and constitutionality, based on legal provisions, doctrine beyond the constitutional text. Finally, it will be demonstrated that the adoption of such a measure puts saved the young of the dangers that pervade the night atmosphere, proving that the curfew for minors under 18 is a good measure to combat juvenile delinquency.

Keywords: Legality; Delinquency; Freedom; Smaller; Ordinance.

Autor: Ronie Martins Silva. Graduando do 7º período do Curso de Direito

1. Introdução

A presente pesquisa trata de um tema que tem sido alvo de inúmeras discussões nas últimas décadas, qual seja “a liberdade de locomoção para menores de 18 anos”. Será debatido se os mesmos são ou não titulares de tal direito, posto que para alguns, o exercício do mesmo pressupõe total capacidade civil, algo que os menores de 18 anos ainda não possuem (art.3º, I; art.4º, I, CC/02).

A pesquisa foi realizada na cidade de Fernandópolis, localizada no interior do Estado de São Paulo, onde haviam inúmeras reclamações por parte dos moradores devido a presença de menores de 18 anos nas ruas fazendo uso de bebidas alcoólicas além de queixas a respeito do alto índice de delinquência juvenil como assaltos, furtos, uso de entorpecentes dentre outros.

Devido ao clamor popular para que a justiça tomasse alguma providência, o excelentíssimo Sr. Juiz de Direito Evandro Pelarin da Vara da Infância e Juventude da comarca local expediu uma portaria (Portaria 08/2009) regulamentando "o ingresso e permanência de crianças e adolescentes, desacompanhados de seus pais ou responsável, em estabelecimentos comerciais tais como bares, lanchonetes, restaurantes e outros em que hajam a venda de bebidas alcoólicas, após as vinte e três horas". A portaria determinou uma força tarefa entre as Policias Militar e Civil, Conselho Tutelar e a Vara da Infância e Juventude para retirar das ruas da cidade menores de 18 anos desacompanhados dos pais, zelando assim pela sua integridade física e mental. A referida norma visava inibir o vandalismo juvenil e evitar que crianças permanecessem em situação de risco durante a noite expostas à toda espécie de delinquência imaginada.

A entrada em vigor da Portaria trouxe resultados positivos como a diminuição dos atos infracionais e consumo de drogas. Nas primeiras operações foram retirados das ruas menores de idade alcoolizados, drogados e até submetidos à prostituição infantil.

Apesar da Portaria ter tido total apoio da comunidade local, do Conselho Tutelar, dos pais dos menores, dos professores e até do Prefeito da cidade, o Ministério Público interveio no caso alegando que a portaria seria ilegal, pois estaria ferindo o direito de ir e

vir das crianças e dos adolescentes. O Ministério Público recorreu ao TJSP e ao STJ pedindo a anulação da medida. A princípio o TJ/SP negou provimento ao pedido do MP que em seguida recorreu ao STJ através do REsp.1292143/SP pleiteando a anulação da medida por julgá-la ilegal.

O principal ponto alegado pelo Ministério Público é que a portaria viola o direito de ir e vir das crianças e adolescentes pois viola o artigo 149 do ECA. Em resposta às alegações do Ministério Público o TJSP argumentou que a portaria segue em observância ao artigo 149 do ECA – Rol não taxativo - pois cabe interpretação analógica por poder equiparar as boates com comércios noturnos combinados com a venda de bebidas alcoólicas. Além disso, a mesma não viola o direito de ir e vir dos menores, pois para o seu exercício, pressupõe-se que o titular tenha total capacidade civil, algo que os menores de 16 anos, incapacidade civil absoluta (art.3º, I, CC/02), não possuem.

Enfim a situação chegou ao STJ tendo como recorrente o Ministério Público e como recorrido o Estado de São Paulo e como pedido a anulação da Portaria 08/2009, a famosa portaria cujo apelido ficou conhecido como “Toque de Recolher”.

2. Fundamentação

A pesquisa realizada defende a manutenção da Portaria, uma vez que é dotada de legitimidade, já que todo o poder emana do povo (art.1º, parágrafo único, CF/88) e todos os fins almejados pela portaria foram atingidos, visando salvaguardar a dignidade e integridade física e psicológica dos menores. Nesse norte, nos parece interessante aplicar a teoria utilitarista defendida pelo Filósofo Jeremy Bentham que é sintetizada na frase “Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar (Princípio do máximo bem-estar)” (BENTHAN, 1979). Dessa forma, a portaria trouxe benefícios para a comunidade local, diretamente interessada, sendo que os próprios moradores aprovaram a referida norma, que passou antes por audiência pública.

No caso em questão, a maioria da comunidade, inclusive Prefeitura, Juizado, Pais e Conselho Tutelar aceitaram a Portaria vendo na mesma uma solução, ainda que parcial, dos problemas vividos pela comunidade. Nesse momento temos a abertura do canal dialógico

para a participação da comunidade, este é o entendimento de Jürgen Habermas (2003) que defende uma maior participação no processo democrático, com a convocação de audiências públicas dentre outras formas de se conhecer a vontade popular afim de que o Estado tome a melhor decisão possível em cada caso.

Outro jurista alemão, Peter Häberle, propõe a chamada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997), sendo esta uma contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sendo assim, o povo passa a participar ativamente do processo democrático, sendo um dos intérpretes do texto constitucional, algo que era feito somente pelos poderes judiciário e legislativo.

Os critérios interpretativo-constitucionais tendem a ser tanto mais abertos quanto mais aberta e pluralista for a sociedade. Para Häberle “quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou ao menos, co-interpretá-la” e até mesmo aqueles que não estão diretamente submetidos à tais normas sofrem reflexos dela (HÄBERLE, pág.13, 1997). Tal interpretação é entendida como uma compreensão e explicitação textual da norma configurando assim uma democratização da interpretação constitucional, não sendo possível imaginar a atividade hermenêutica sem a participação ativa do cidadão e das potências públicas.

Temos, assim, um embate entre sociedade e Estado, ambos interessados em materializar os direitos constitucionalmente garantidos. O juiz não é mais o único responsável pela interpretação da norma, este rol foi abrangido no estado democrático de direito. Segundo Häberle, a corte constitucional, ao examinar a lei, deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as envolve justamente devido aos inúmeros segmentos do processo democrático que o fundamentam (HÄBERLE, 1997). Cabe ainda à corte constitucional controlar esta participação aberta da sociedade no processo interpretativo visando à garantir, ou ao menos assegurar, os interesses daqueles que não participam de tal processo, como por exemplo, os interesses difusos e coletivos em geral.

Assim, Häberle finaliza seu entendimento afirmando que há uma pluralização da interpretação constitucional, uma vez que todos são intérpretes da norma numa sociedade

aberta, sendo tão livre e aberta quanto maior for o número de intérpretes da constituição (HÄBERLE, pág.37, 1997).

Adentrando a essa questão de maior participação popular no processo democrático vale a pena ressaltar o princípio Habermasiano da co-originariade, uma vez que o destinatário da norma é o mesmo que a elabora (HABERMAS, 2003), princípio estampado no parágrafo único do art.1º da CF/88. Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual, uma vez que o direito é orgânico, e dessa mudança da sociedade atual teríamos uma maior participação dos atores sociais (HÄBERLE, 1997), configurando assim o real sentido da Democracia.

3. Fundamentação da Relatora do Recurso no TJSP

Afim de dar uma maior embasamento na legalidade da portaria 08/09 transcreve-se abaixo a fundamentação da Desembargadora Maria Olívia, relatora do recurso interposto pelo MP:

Não há como se reconhecer qualquer nulidade processual ou violação ao devido processo legal, no procedimento do qual emanou a Portaria nº 8/2009 do Juízo da Infância de Fernandópolis. O artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que ainda permanece em vigor, autoriza que o Juízo da Infância investigue fatos e ordene, de ofício, as providências necessárias, ouvido o Ministério Público, tanto é que a Lei nº 12.010/09, manteve tal disposição, com a ressalva da necessidade de ser instaurado o contraditório, quando se tratar de demanda de evidente litigiosidade. Essa atuação do Juízo da Infância, sem provocação, se justifica por aplicação do princípio da proteção integral - artigo 1º, que norteia toda a legislação da Infância e Juventude. Verifica-se que a Portaria, ora questionada, só foi editada após instauração de extenso procedimento investigatório, no qual o magistrado colheu informações das Polícias, civil e militar, dos Conselhos Tutelares, bem assegurou oitiva e oportunidade de manifestação de todos os seguimentos da sociedade, inclusive do Ministério Público e não se estabeleceu qualquer resistência aos termos da Portaria, nem sequer pelos supostos prejudicados, pois até mesmo a Associação Comercial de Fernandópolis não manifestou sua oposição ao ato. Ao contrário, pelos documentos constantes dos autos, está evidente que a regulamentação recebeu a aprovação da Comunidade local. Quanto à natureza jurídica dessa atuação do Juízo da Infância, entendo ser atípica, pois é ao mesmo tempo administrativa e jurisdicional, já que, por meio dela, o magistrado regulamenta situações, mas deve fazer isso, por

meio de decisão fundamentada, sujeita ao recurso de apelação. Nesses termos, respeitado o entendimento contrário, não se reconhece que tenha havido abuso dos limites do artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na edição da mencionada Portaria.

(Desembargadora Maria Olívia Alves TJ/SP)

A Desembargadora finaliza sua fundamentação justificando que também não há que se falar em violação ao direito de ir e vir dos jovens, pois esse direito pressupõe total capacidade do seu titular. A criança e o adolescente são ainda sujeitos em desenvolvimento e a restrição desse direito pode ser feita por seus pais e também pelo Estado, como na hipótese do artigo 149, para assegurar os demais direitos fundamentais desses mesmos jovens.

Sendo assim, a referida portaria não viola dispositivo legal nem o direito constitucional dos jovens, uma vez que diante de um conflito de princípios (direito de ir e vir x dignidade da pessoa humana) aplica-se a norma mais favorável à parte da forma menos onerosa ou gravosa possível.

Nesse aspecto, nos parece plausível a tese do Professor Robert Alexy (2008) que nos apresenta o princípio da proporcionalidade quando haja conflito de princípios, nesse momento deve-se aplicar o sopesamento, (ALEXY, 2008) “metáfora da balança”.

O estudo de Alexy apresenta três sub-postulados a saber:

1. Princípio da adequação: O princípio da adequação, por vezes também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade, ordena que verifique no caso concreto se a decisão normativa restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.

2. Princípio da necessidade: O princípio da necessidade também denominado de princípio da exigibilidade ou princípio da indispensabilidade, ordena que examine se, entre os meios de restrição disponíveis é igualmente eficaz para atingir o fim pretendido, o meio escolhido é o menos restritivo, isto é, o menos prejudicial ou gravoso em questão.

3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação propriamente dito, “metáfora da balança”.

Satisfeitos estes três sub-postulados aplica-se a sopesamento, aplicando a norma mais favorável ao caso concreto em questão (ALEXY, 2008), o que no caso analisado, é a legalidade da Portaria 08/2009, pois, retira-se um direito fundamental, direito de ir e vir, em prol de um direito mais amplo, a dignidade da pessoa humana, em que o estado, a família e a sociedade devem zelar pela integridade física e mental dos jovens conforme assegura o art. 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Art.227, CF/88).

Aprofundando a análise do art.227 da Constituição Federal, DALLARI (1996) enfatiza o papel desempenhado pela família durante a juventude do indivíduo:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consangüinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências, agressões e ameaças que estiver sofrendo. Por isso, é lógica e razoável a atribuição de responsabilidade à família. Esta é juridicamente responsável perante a criança e o adolescente, mas, ao mesmo tempo, tem responsabilidade também perante a comunidade e a sociedade. Se a família for omissa no cumprimento de seus deveres ou se agir de modo inadequado, poderá causar graves prejuízos à criança ou ao adolescente, bem como a todos os que se beneficiariam com seu bom comportamento e que poderão sofrer os males de um eventual desajuste psicológico ou social (DALLARI, 1996).

Os direitos das crianças e adolescentes foram objeto de avanços legislativos e construções doutrinárias ao longo das décadas. A Declaração de Genebra em 1924 afirmou “a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”, abrindo caminho para

conquistas importantes que foram galgadas nas décadas seguintes. Em 1948, as Nações Unidas proclamaram o direito a cuidados e à assistência especial à infância, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art.25). Em 1959, de forma unânime, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprova e promulga a Declaração dos Direitos da Criança e em 20/11/89 a Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a Convenção sobre os Direitos da Criança, que passa a constituir o mais importante marco na garantia dos direitos daqueles que ainda não atingiram os dezoito anos. Antes mesmo da aprovação da mencionada Convenção pela Assembléia Geral das Nações Unidas o Brasil já havia incorporado em seu texto constitucional (art. 227) as novas diretrizes. Tais diplomas internacionais serviram de base para vários ordenamentos jurídicos criarem suas próprias leis em defesa da proteção especial que é conferida às crianças e adolescentes.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança afirma o direito de a criança conhecer e conviver com seus pais, a não ser quando incompatível com seu melhor interesse; o direito de manter contato com ambos os genitores, caso seja separada de um ou de ambos; as obrigações do Estado, nos casos em que as separações resultarem de ação do Poder Judiciário, assim como a obrigação de promover proteção especial às crianças, assegurando ambiente familiar alternativo apropriado ou colocação em instituição, considerando sempre o ambiente cultural da criança. Aprofundando no texto da Convenção, menciona Bruñol:

A Convenção representa uma oportunidade, certamente privilegiada, para desenvolver um novo esquema de compreensão da relação da criança com o Estado e com as políticas sociais, e um desafio permanente para se conseguir uma verdadeira inserção das crianças e seus interesses nas estruturas e procedimentos dos assuntos públicos. (BRUNÔL, 2001, p.92).

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, levando em conta sua relevância no âmbito nacional e internacional, é ainda pouco manuseada e assimilada pela sociedade contemporânea. Para exemplificar, o art. 3º, I, determina que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.”

Aplica-se ai o novamente o princípio do melhor interesse da criança com base na doutrina da proteção integral do menor, princípio norteador do ECA e em torno do qual toda a sociedade deve se empenhar a fim de proporcionar as condições adequadas para satisfação de tal interesse. Tal princípio encontra seu fundamento no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída às crianças e adolescentes. Com o advento da Constituição de 1988 “o ordenamento jurídico brasileiro acolheu crianças e adolescentes para o mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania” (SÊDA, 1993, p.25).

No tocante à defesa dos interesses da juventude o jurista Dalmo de Abreu Dallari é autoridade no assunto, com inúmeras obras publicadas e conceitos defendidos antes mesmo da promulgação do ECA (Estatuto da criança e do adolescente – Lei 8.069/90). Dallari é professor aposentado, ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e autor de diversos livros sobre os direitos da criança. Para Dallari o toque de recolher em Fernandópolis é uma medida plenamente constitucional e com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Dallari defende a proteção integral dos interesses dos jovens, que ainda estão em formação e que estão sujeitos à delinquência juvenil das mais variadas formas.

Em entrevista dada à Folha de São Paulo em 2009 DALLARI ressalta o avanço que tivemos com o advento do ECA em detrimento do antigo Código de Menores:

O ECA mudou completamente o tratamento dado no Brasil às crianças e aos adolescentes, substituindo uma lei antiga chamada Código de Menores, que classificava como "menores" os que ainda não tinham completado 18 anos e que, de fato, não cuidava de sua proteção. Longe disso, ele dava especial atenção àqueles considerados como em situação irregular, prevendo o internamento em estabelecimentos que funcionavam como verdadeiros depósitos de gente. Assim é que ficou famosa a Febem, onde os menores eram internados e sofriam muitas humilhações. Esse tratamento injusto começou a ser mudado quando entrou em vigor no Brasil uma nova Constituição, em 1988. Essa Constituição adotou a linha de pensamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU em 1948. A Constituição de 1988 assegura direitos iguais a todos e estabelece regras especiais de garantia para aqueles que necessitam de mais proteção, como é o caso das crianças e dos adolescentes. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente seus direitos. Além disso, eles devem ter

prioridade nessa proteção. Para orientar a aplicação dessas regras foi criado o ECA, que deixa bem claro que a proteção deverá ser dada, de modo igual e permanentemente, a todas as crianças e adolescentes.

O juiz passou a ter de atuar como um protetor dos direitos, sendo diferente do antigo juiz de menores, que agia como se fosse "dono" da criança e do adolescente e que decidia sozinho sobre o que fazer com o "menor em situação irregular". (DALLARI, 2009).

Em outro recente texto publicado por DALLARI no Jornal Folha de São Paulo (18/09/2009), ele defende a tese “Menor protegido, menos violência” afirmando que:

No capítulo segundo do ECA, que trata "Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade", encontra-se, no artigo 16, uma referência expressa ao direito à liberdade de locomoção, nos seguintes termos:

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I- ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais ".

Reafirma-se aí o direito à liberdade de locomoção, mas, tendo em vista a especial necessidade de proteção dos menores, existe a previsão de limitações legais. Foi com fundamento nessas disposições constitucionais e legais que juízes da infância e juventude, em colaboração com os conselhos tutelares, tomaram a iniciativa de fixar condições para a circulação noturna de crianças e adolescentes. (DALLARI, 2009).

As regras fixadas não impedem o exercício do direito de locomoção no período noturno, mas estabelecem condições razoáveis, tendo em conta o risco de violências a que ficam sujeitos os menores nesse período, como a experiência comprova amplamente.

Segundo Dallari, a legislação do país prevê que o Estado tem a obrigação de zelar pelo menor quando este está em situação de risco, por isso a medida é rigorosamente legal, pois crianças e adolescentes que consomem bebidas alcoólicas e que são exploradas pelo tráfico de drogas estão em grave situação de risco. Fernandópolis está perto da divisa de São Paulo com o Mato Grosso do Sul, sendo uma região conhecida por ser rota do tráfico de drogas.

Ciente de que num mundo cada vez mais globalizado a criança acaba ficando sujeita a várias mazelas, o legislador percebeu que somente a família não seria suficiente para zelar pela integridade da criança, sendo assim, disseminou tal responsabilidade para outras

entidades como a sociedade e a comunidade em geral. Afinal de contas, para que se cumpram todas as obrigações de que necessitam os menores, a família carece de auxílio, razão pela qual o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de repartir tal obrigação com os demais segmentos da sociedade, incluindo entre eles a igreja, que sempre desempenhou papel crucial na juventude em formação.

Dessa forma, o apelo popular pela manutenção da portaria 08/2009 deve ser levada em consideração, uma vez que todos os setores elencados no caput do art.227 da CF/88, além de outros órgãos, apoiaram prontamente a decisão do Juizado da Infância e Juventude, pois atingiu os objetos a que se destinava.

A seguir, serão apresentados fundamentos, justificativas e dados concretos que comprovam o fim almejado pela referida portaria 08/2009.

4. Ativismo judicial

Diariamente centenas de brasileiros recorrem ao Poder Judiciário afim de sanar litígios, conflitos de interesses entre particulares. É neste contexto que entra o ativismo judicial como forma de sanar, ou ao menos, minimizar certos conflitos entre particulares, pois existem casos em que é necessária a intervenção do judiciário através de providências político-jurídicas e implementos de políticas públicas. A omissão do legislador na regulamentação dos direitos e garantias constitucionais, acrescido da inação na execução de políticas públicas efetivas pelo administrador, acaba impondo ao Poder Judiciário uma maior atuação, mesmo que de forma residual mas sempre fundamentada. Dessa forma, a sociedade passa a exigir do Estado-inerte a promoção de ações e execuções de políticas que visem ao implemento desses direitos fundamentais ao cidadão.

Inicialmente busca-se entender o que vem a ser a judicialização, momento pela qual nosso ordenamento jurídico está passando, o que nas palavras de BARROSO seria:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como

intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. (BARROSO, 2009).

Prosseguindo no entendimento do professor BARROSO (2009), tem-se o embate dos conceitos de Ativismo Judicial e Judicialização. Para o autor, a judicialização e o ativismo judicial são primos, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, deveria zelar pelo estrito cumprimento da lei e satisfação do interesse público que norteia toda a Administração Pública, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2009).

Estatísticas mostram o benefício da portaria para a sociedade, segundo reportagem do Jornal Estadão, disponibilizada em seu site em 26 de abril de 2009 (www.estadao.com.br), o toque de recolher é responsável nos últimos anos por uma redução de 80% dos atos infracionais e de 82% das reclamações do Conselho Tutelar, no município de Fernandópolis.

Segundo o Juizado de Menores da cidade, o índice de atos infracionais vem caindo ano a ano. Em 2005, foram 378 ocorrências, contra 74 em 2008. A maior queda foi na incidência de furtos, que baixou 91% em 4 anos. Os números de ocorrência caíram drasticamente também no porte de entorpecentes, lesão corporal, menor portando arma - no último ano da pesquisa chegou a zero. No conselho Tutelar, também houve redução das reclamações contra menores problemáticos e a gravidade das queixas diminuiu.

Todos esses dados culminam numa única conclusão, a portaria expedida pelo Juizado da Comarca de Fernandópolis surtiu os efeitos desejados, diminuiu a criminalidade, teve ampla aceitação popular, dotada de legalidade, legitimidade e constitucionalidade aliada a uma perfeita atuação do Poder Judiciário, no exercício de sua função atípica.

Conforme assevera o professor Luis Roberto Barroso, em obra intitulada “NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. O TRIUNFO TARDIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL”, tem-se uma grande fundamentação do ativismo judicial no Brasil, qual seja:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes (BARROSO, 2005).

Conforme salienta Barroso, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no

âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular, configurando assim a real democracia.

CONCLUSÃO

Por fim, após os argumentos apresentados e baseados na fundamentação de diversos doutrinadores, além da aplicação de processos hermenêuticos, entende-se pela legalidade da Portaria 08/2009 do Juizado da Infância e Juventude expedido pelo juiz da Comarca de Fernandópolis, tendo em vista a ampla aceitação popular diante dos fatos narrados. Dessa forma, deve-se manter o entendimento do TJ/SP, pois no caso concreto em questão a medida surtiu efeitos positivos. O provimento do recurso pelo STJ poderá acarretar um maior prejuízo aos jovens, adolescentes e crianças, visto que o cancelamento da portaria os deixará novamente expostos aos perigos sociais como prostituição, drogas, roubos, vandalismo e outros mais, como já foram presenciados pelos moradores da cidade de analisada.

Com isso entende-se que o Estado estará negligenciando vários outros direitos assegurados aos jovens em detrimento de apenas um direito, de ir e vir. Direito este que não foi violado pela portaria, pois os mesmos poderiam frequentar tais lugares após às 23:00h acompanhados dos pais ou responsáveis. O direito de ir e vir foi apenas regulamentado visando garantir outros direitos como a vida e a dignidade além de manter crianças e adolescentes salvos de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme elencados no art. 227 da CR/88.

Dessa forma, conclui-se que a criança, o adolescente e o jovem não possuem capacidade plena, pois ainda são sujeitos em formação. Sendo assim o Estado deverá zelar por eles garantindo direitos fundamentais já consagrados pela constituição. Concluímos que o direito à vida, à dignidade, à educação, à saúde, entre outros, estão acima da restrição do direito de ir e vir.

Nas palavras de Dallari:

O "toque de recolher" para menores de 18 anos é uma boa medida de combate à violência?
SIM.

REFERENCIAL TEÓRICO

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>.

BENTHAM, Jeremy. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRUÑOL, Miguel Cillero. O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. In: MENDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (orgs.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina*. v. 1. Blumenau: FURB, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários Jurídicos e Sociais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 40.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

<http://delegadosdepolicia.blogspot.com.br/2009/05/jurista-apoia-toque-de-recolher-no.html>
(acessado em 15/04/13).

<http://jus.com.br/revista/texto/13794/ativismo-juridico-expressao-do-acesso-a-justica-e-da-cidadania-ativa> (acessado em 15/04/13).

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6631 (acessado em 15/04/13).

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6430 (acessado em 15/04/13).

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI124015,31047-TJSP+mantem+portaria+que+impoe+restricoes+a+saidas+de+adolescentes> (acessado em 15/04/13).

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral%2ctoque-de-recolher-reduz-violencia-em-fernandopolis-%28sp%29%2c360920%2c0.htm> (acessado em 15/04/13).

http://www.udemo.org.br/Leituras_400.htm (acessado em 15/04/13).

<http://www1.folha.uol.com.br/folhateen/812923-eca-substituiu-lei-antiga-que-nao-protigia-de-fato-os-jovens.shtml>

SÊDA, Edson. Construir o Passado – ou Como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente, SP: Malheiros, 1993, p. 47.