

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FACE AO TOQUE DE RECOLHER

Naiara Marques Correa de Oliveira¹

Submetido(*submitted*): 30 de julho de 2010

Aceito(*accepted*): 01 de agosto de 2011

RESUMO: A imputação de medidas de limitação de circulação de crianças e adolescentes em logradouros públicos em horário noturno realizada pelo poder público, em especial o Judiciário, tem sido questionada por vários atores sociais, políticos e acadêmicos. As duas principais controvérsias sobre a questão recaem sobre a constitucionalidade de tais medidas restritivas de liberdade e a avaliação da competência do Poder judiciário de ingerência no poder de decisão dos pais. Crianças e adolescentes são reconhecidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como pelas normas internacionais, como sujeitos de direito. O presente artigo traz um relato sobre o toque de recolher e sua imple-

¹ Graduanda da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

mentação na Comarca de Ilha Solteira e os reflexos na sociedade e nos Tribunais, assim como desenvolve uma visão da medida sob um aspecto constitucional em defesa da liberdade.

Palavras-chave: Criança e adolescente; Toque de Recolher; Constitucionalidade.

Introdução

A criança e o adolescente, têm seus direitos previstos por uma legislação firmada à luz da Doutrina da Proteção Integral e que, ao mesmo tempo, abrange os direitos e garantias fundamentais. A seguir, trataremos do estudo sobre a constitucionalidade das decisões judiciais relativas à limitação de circulação de crianças e adolescentes em horário noturno, conhecidas popularmente como toque de recolher, inserido nesta problemática.

Nesse sentido, será necessário retomar um panorama histórico de normas infanto-juvenis para possibilitar uma melhor compreensão da influência da doutrina da Proteção Integral no processo de construção dos direitos da Criança e do Adolescente a partir da Constituição de 1988.

As políticas voltadas para a criança e adolescente no Brasil tiveram por muito tempo um teor vigilante, repressor. No Império, os menores de 14 anos eram imputáveis, verificando-se antes se estes agiram com discernimento, caso em que seriam levados para casas de correção onde poderiam permanecer até os 17 anos (AMIN, 2006, p.06).

Estudos e debates internacionais influenciaram o cenário interno, no início do século XX, que acarretou na construção da Doutrina do Direito do Menor. Baseado nesta, em 1926, foi publicado o primeiro Código de Menores. Por essa doutrina, o público infanto

juvenil das camadas mais pobres eram vistos como passíveis de sofrerem desvios sociais. A Promotora e professora Andrea Amin desenvolve bem tal situação:

A influência externa e as discussões internas levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência. Era a fase da criminalização da infância pobre. Havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias (AMIN, 2006, p 06).

Não muito depois, o Decreto 17.943-A de 1927 inaugurou o primeiro Código de Menores, mais conhecido como Código de Mello Mattos. Por esse decreto, foi atribuído ao juiz de Menores poder de decidir as questões de infância e juventude, não mais submetidas ao processo penal comum. A categoria de Menor, construída desde então, perdurou longas décadas cerceada pela diferença estigmatizante entre a criança protegida e o menor delinqüente (AMIN, 2006, p 06).

Em 1979, o segundo Código de Menores – Lei nº 6.697 - adotou como diretriz a Doutrina de Situação Irregular: o menor que se encontrasse em certas circunstâncias sociais, como baixa renda, ausência de amparo familiar, privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução, apresentava uma “patologia social”, que propiciava um potencial a periculosidade, apontando para a atuação do Juiz de Menores, ainda uma forte figura, no qual centralizava-se as funções jurisdicionais e administrativas (AMIN, 2006, p 15).

Sobre esse momento político, Amin também assevera que *“durante todo esse período (ditadura) a cultura da internação, para carentes ou delinqüentes foi a tônica. A segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução”* (AMIN, 2006, p 07)

Desde a abertura do regime ditatorial, movimentos sociais de luta pelos direitos da criança e do adolescente engrenaram mu-

danças em direção a uma maior proteção e respeito aos direitos da criança e do adolescente desse grupo na sociedade brasileira, objetivando contornar o caráter repressivo das antigas políticas públicas (AMIN, 2006, p. 07)².

Tais movimentos foram necessários para que fossem incluídos na carta constitucional os direitos da criança e do adolescente (AMIN, 2006, p 09).

Com o advento da Constituição de 1988 e, logo depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, inaugurou-se um novo paradigma de política infanto-juvenil: a criança e o adolescente passaram a não somente ser considerados sujeitos de direitos comuns, mas também de direitos especiais, em respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Deslocou-se, então, para a família, a sociedade e o Estado o dever de amparo à criança e ao adolescente, constituindo um novo modelo democrático participativo. Ambas as cartas tiveram como pano de fundo a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, a qual consagrou a Doutrina da Proteção Integral.

Para uma melhor compreensão dessas mudanças, é necessário resgatar os movimentos de direitos humanos que se desenvolveram após a Segunda Guerra Mundial que culminaram na construção da Declaração dos direitos da Criança, em 1959, não muito depois da Declaração de Direitos Humanos de 1948 (AMIN, 2006, p 07).

Entretanto, determinações judiciais mais rígidas vêm sendo adotadas em alguns municípios brasileiros, suscitando debates acerca de restrições aos direitos infanto-juvenis. Uma delas diz respeito ao toque de recolher, que restringe a circulação de crianças e adolescentes em logradouros públicos nos horários noturnos.

2 A exemplo, cita-se o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR, realizando em 1984 o 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua AMIN, Andrea Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. P. 8

Juízes de Comarcas do interior de São Paulo – como Ilha Solteira, Fernandópolis e Itapura - e de Minas Gerais – como o caso de Patos de Minas – baixaram portarias limitando o trânsito pelas ruas, depois de certo horário, sob argumento de produzir tal medida maior proteção contra possíveis perigos a esse grupo social mais vulnerável em razão de sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Particularmente em Ilha Solteira, houve acentuada divulgação nos meios de comunicação sobre o toque de recolher implementado em 20 de Abril de 2009. Por esta razão, o presente trabalho focou o estudo nessa Comarca, sem, no entanto, deixar de analisar o desenvolver dos processos judiciais de regiões vizinhas, haja vista que a restrição à circulação de criança e adolescentes não foi medida específica de uma única cidade.

A questão do toque de recolher para crianças e adolescentes não é algo pontual ou mesmo incidental. Atualmente, de acordo com dados da Folha de São Paulo, aproximadamente sessenta municípios de dezesseis estados brasileiros adotam o toque de recolher para limitação de circulação de crianças e adolescentes em horários noturnos³. A proliferação da medida aponta uma relevância do tema, trazendo importância ao seu estudo.

Em geral, as medidas são instituídas por meio de Portarias de juízes tanto de Vara de Infância e Juventude quanto de Vara Única. Essas portarias se baseavam na determinação do juiz em relação às providências a serem tomadas pelos órgãos envolvidos com a proteção diretamente da criança e da sociedade como um todo.

Este fenômeno não acontece somente no Brasil, mas em outros lugares do mundo. Cabe observar que a legislação brasileira no tocante ao assunto é uma das mais bem organizadas e está em muito

3 MAGENTA, Mateus; FREIRE, Sílvia. Toque de Recolher Reduz Casos de Violência Envolvendo Jovens. Folha de São Paulo: São Paulo, 05 jun. 2011.

boa sintonia com as normas internacionais como a Convenção da ONU dos Direitos da Criança e as Regras de Beijing⁴.

Tais medidas chamaram a atenção tanto da mídia como da sociedade, que dividiu opiniões a respeito do caso. O Judiciário possui, em todas as suas instâncias, defensores e opositores desse tipo de restrição. Assim como na sociedade civil, onde grupos defendem um maior controle Estatal e, em contrapartida, outros grupos se apresentam contrários a isso.

Como será melhor exposto abaixo, a controvérsia decorre da divergência de interpretações sobre princípios constitucionais e legais que incidem sobre esse caso concreto. Emerge, então, o conflito entre liberdade e segurança.

Enquanto alguns argumentam que tais medidas restringem direitos fundamentais como o de liberdade e de livre locomoção, outros afirmam que proporcionam uma maior segurança e proteção para a criança e o adolescente contra eventuais situações de risco. Dessa polêmica e do aumento do número de decisões deriva o estímulo em estudar a problemática que envolve tal imposição legal.

O CASO DE ILHA SOLTEIRA À LUZ DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO E DO ECA

4 Criada pela Resolução 40/33, em uma Assembléia Geral, em novembro de 1985, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude- Regras de Beijing, estabeleceram diretrizes para a justiça especializada, bem como garantias mínimas processuais e outros princípios como o caráter excepcional da internação do menor. MARTINS-COSTA, J. . A Reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. In: _____. A tutela da Criança e do Adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela Doutrina da Proteção Integral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap 10, parte III, p. 532

Tecendo uma análise normativa, tanto a Constituição como a legislação comum (ECA – Lei 8.069/90) prevêem princípios que norteiam estes ordenamentos, tais como liberdade, dignidade e, no caso específico, proteção integral. A Constituição no artigo 227 enumera os direitos que devem ser assegurados pela família, pela sociedade e pelo Estado os quais elenca: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissão, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Em conformidade com a Magna Carta, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no Título I, *Das Disposições em Gerais*, e no Título II, *Dos Direitos Fundamentais*, os direitos e princípios fundamentais da criança e do adolescente.

É necessário, porém, enfatizar o contexto histórico quando foram construindo esses direitos. Para tanto, transcreve a seguir a compreensão de Amin para o cenário da época:

A conjuntura político-social vivida nos anos 80 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais e internacionais levaram o legislador constituinte a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade Às crianças e adolescentes 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* (AMIN, 2006, p 06).

Em seu art 3º, o Estatuto afirma que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, ou seja, os direitos e garantias específicos à criança e o adolescente não excluem outros expressos na suprema Carta. O próprio art. 15 trata a criança e o adolescente como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Logo, a proteção integral em conformidade com os direitos fundamentais, tem estes como prisma.

Ressalta-se também no próprio art. 3º do ECA a garantia dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana em condições de liberdade e igualdade. Desta forma, o emprego de meios de amparo ou facilitadores de desenvolvimento devem se pautar em tais princípios. Mesmo que o exercício de proteção pressuponha uma desigualdade - o protegido precisa, depende do protetor - que se encontra em situação de poder (VERCELONE, 2005, p.34), seu emprego deverá ser ponderado com vistas no melhor interesse da criança e adolescente, buscando ao máximo não ofender tais preceitos.

Especificamente, no caso do toque de recolher, estão em jogo os direitos à liberdade, ao lazer, à dignidade e ao respeito e à cultura. O ECA, no art. 16, afirma que direito à liberdade compreende ao ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressaltando as restrições legais.

Para um melhor esclarecimento, logradouros públicos entende-se por denominação genérica, qualquer via, rua, avenida, alameda, praça, largo, travessa, beco, ladeira, parque, viaduto, ponte, jardim, rodovia, estrada ou caminho de uso comum ou especial do povo (SILVA, 2002, p. 213). O Estatuto da Criança e do Adolescente expressa outros aspectos do direito à liberdade, como livre opinião e expressão; liberdade de crença e de culto; de brincar, praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária sem discriminação; e participar da vida política na forma da lei.

No referido artigo 16 dessa Lei, o respeito à criança e ao adolescente se apresenta no cumprimento da inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral. Logo a seguir, o art. 18 assegura o direito à dignidade contra qualquer tratamento desumano, vexatório, violento, aterrorizante ou constrangedor.

Em observância ao sistema normativo, quando jovens são coagidos a permanecerem em suas casas, concomitantemente o vigor de tais princípios e direitos é reduzido. Princípio, por assim entender,

é uma cláusula aberta que deverá ser preenchida de interpretação. Destarte, os conflitos de princípios se configuram em razão dos divergentes argumentos que darão margem à ponderação.

Na visão do doutrinador José Afonso da Silva:

É necessário ter em conta, ainda, que a liberdade não significa que a criança e o adolescente podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeitos a autorização dos pais, segundo seus critérios de conveniência e de educação. É liberdade que se volta especialmente contra constrangimentos de autoridades públicas e de terceiros[...]. A criança não pode ser privada de sua liberdade em hipótese alguma e o adolescente só o pode na forma prevista do Estatuto (art. 106) (SILVA, 2002, p.214).

Sob diferente perspectiva, o Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Ilha Solteira, implementou o toque de recolher e restringiu a circulação de crianças e adolescentes após certa hora da noite.

Atendendo ao princípio de proporcionalidade, foi determinado para cada faixa etária um horário limite: até as 20:30 para os menores de 14 anos; até às 22:00 para aqueles entre 14 e 16; e de 16 aos 18 anos, somente até às 23:00⁵. Segundo a determinação judicial, aqueles que persistirem em circular após a hora permitida serão levados para a sede do Conselho Tutelar e seus responsáveis intimados a buscá-los, podendo receber inclusive medida de advertência. Foi também previsto que, em caso de impossibilidade de cumprimen-

5 SÃO PAULO. Portaria do Juiz de Direito, Comarca de Ilha Solteira, Vara Única. Sobre a limitação de horários de circulação de crianças e adolescentes na Comarca. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.ilhasolteira.sp.gov.br/documentos/toque_de_recolher.pdf. Acesso em: 30 abr 2009.

to da medida pelo Conselho Tutelar, o mesmo seria substituído em suas funções pela Polícia Militar e Polícia Civil.

Como respaldo, o juiz utilizou o exemplo do que ocorrera na Comarca de Fernandópolis – cidade vizinha – constatando que o toque de recolher, primeiramente implementado na referida cidade, havia influenciado na diminuição de casos de violência envolvendo jovens. Além disso, na tentativa de expor um viés mais democrático, procurou o apoio dos representantes da sociedade civil (Rotary, Amais, Maçonaria, Unesp e outros destacados clubes de serviços e representantes de jovens).

Em sua exposição de motivos, apresentou o toque de recolher como medida eficaz na proteção que se deve destinar às crianças e aos adolescentes. Segundo sua própria verificação em suas andanças noturnas, crianças e adolescentes estariam expostos a situações de risco a sua integridade. Os perigos compreenderiam: exposição a drogas ilícitas, capricho de aproveitadores, influência de criminosos, exploração sexual e problemas devido à ausência de limites.

Mediante tal análise, a restrição a circulação seria medida assecuratória da proteção da criança e do adolescente, resguardando-os contra iminentes violações a seus direitos. Em suas palavras:

Introjetar uma cultura social de que as crianças e adolescentes não podem ficar nas ruas após um certo horário da noite significa atender à vontade constitucional. Mais do que isso, traz um indicativo claro de que as instituições, a sociedade e a família não desejam que os jovens fiquem disponíveis à má-fé dos exploradores. Aponta, também, para a percepção de que uma boa noite de sono contribui para o bom aproveitamento escolar, além de preservar, essas pessoas ainda em formação, de várias doenças, como transtornos psicológicos e alterações cardiovasculares⁶.

6 SÃO PAULO, Op. Cit., 2009.

Nesta citação é apresentada a falta de bom sono como um dos fatores de mau rendimento escolar, baseando-se em estudos da Neurologia. Os alunos, assim, não teriam disposição suficiente para as aulas, comprometendo seu desenvolvimento intelectual e funcionamento de sua memória.

Desta forma, o toque de recolher, ao obrigar os jovens a estar em casa mais cedo, também estimularia que dormissem mais cedo. Ademais, o contato com a família seria também favorecido, uma vez que acarretaria numa maior proximidade dos adolescentes com seus pais, ao permanecerem em casa mais tempo. Logo, o núcleo familiar seria fermentado e o bem estar físico, psicológico e social, preservado.

Conclui o juiz sua análise dizendo ser a restrição de circulação de maneira nenhuma uma medida ofensiva à liberdade. Uma vez que ela contribui para o rendimento escolar, auxilia também no desenvolvimento e educação. Portanto, a autonomia dos adolescentes estaria sendo fomentada e, por consequência, sua liberdade robustecida.

Ainda mais, a portaria expõe que para este grupo especial da sociedade, mais vulnerável em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento, situado numa fase crucial para a configuração do caráter, é imprescindível impor limites e restrições que se justificam pelo fim de resguardar essa camada contra situações de risco.

Em contraponto a argumentação exposta no referido instrumento de instituição da medida, é salutar lembrar que os jovens ilhenses, contrários ao toque de recolher, asseveraram a ausência de uma rede de lazer e de políticas públicas voltadas para sua faixa etária, relato este retirado da própria portaria expedida pelo magistrado.

Conforme o art. 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente, incube aos Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimular e facilitar a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância

e a juventude. Dispõe o art. 4º do Estatuto que deve ser conferida absoluta prioridade à efetivação dos direitos em geral da criança e do adolescente.

No entanto, para a concretização de tais direitos, demanda-se políticas positivas advindas do poder público. Coerentemente com tal questão, Marcos Alvarez, Pesquisador do núcleo de Estudos de Violência da USP, se pronunciou da seguinte forma sobre o toque de recolher: “Estamos presos no círculo vicioso da urgência e da excepcionalidade, como se o controle da violência e a manutenção da ordem não pudessem ser alcançados por medidas coerentes e planejadas.”⁷

Desde a implementação do toque de recolher, ocorreram diversas *blitz* na cidade Ilha Solteira, fiscalizando o descumprimento da ordem judicial. Algumas apreensões de adolescentes flagrados nas ruas pelos agentes e levados ao Conselho Tutelar por transitarem após o horário permitido foram propagadas nos meios de comunicação. Nas ações, estavam presentes profissionais da polícia e representantes do Conselho Tutelar.⁸

DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA, CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO TOQUE DE RECOLHER

É sobremaneira legítimo o questionamento referente à competência do judiciário para proferir portarias que limitam da circulação de crianças e adolescentes de forma tão genérica. Em alguns

7 NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. *O toque de recolher ajuda a reduzir a violência?* Universidade de São Paulo. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1921&Itemid=29. Acesso em: 3 maio 2009.

8 G1, informações do Fantástico. *Blitz do Toque de Recolher Mobiliza 50 Pessoas no Interior de SP*. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1099100-5605,00.html>. Acesso: 4 de Maio 2009.

casos, depois da instituição do toque de recolher, entidades e representações sociais, assim como o Ministério Público, questionaram a competência, a legalidade e a legitimidade dessas medidas.

É de suma importância ressaltar dois casos emblemáticos que foram submetidos ao Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de questionar a competência, legalidade e legitimidade das portarias que tratavam sobre tal restrição. Ambos os casos são de liminares, que em suma, buscam restabelecer o quanto antes um direito cerceado no qual cada momento não poderá ser trazido de volta.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs liminar perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contra o Juízo da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Patos de Minas⁹, na tentativa de exercer controle administrativo sobre a ação do Judiciário. O Ministério Público defende a ilegalidade da Portaria e a incompetência do judiciário para editá-la. Seu pedido é de revogação da mesma, retirando-a da ordem jurídica da Comarca de Patos de Minas.

O relator, Ministro Ives Gandra, em seu voto, indeferiu a liminar, alegando que a proteção da criança e do adolescente é um direito de terceira geração, não havendo ainda implementação efetiva. Alegou ainda que a medida está de acordo com o Princípio da Proteção Integral, e que o direito de ir e vir da criança e adolescente não é absoluto. Acatando, dessa forma, os argumentos do juiz de primeira instância, afirmando que a medida devolve o sono aos pais, contribui para uma melhor formação dos jovens e defende o melhor interesse das crianças e adolescentes da região.

Contudo, em sessão do Plenário, o relator foi voto vencido, sendo deferida a liminar do Ministério Público. Uma liminar

9 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Certidão de Julgamento 89ª Sessão Ordinária sobre liminar acerca do toque de recolher na Comarca de Patos de Minas, procedimento administrativo nº 200910000023514. Disponível em: <https://ecnj.cnj.jus.br/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200910000023514&consulta=s&token=> Acesso em: 07 out 2009.

semelhante foi proposta ao Conselho Nacional de Justiça, sendo avaliada pelo mesmo relator, desta vez para a Comarca de Ilha Solteira¹⁰, sob autoria da Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS. A princípio, era esperada a mesma decisão, visto que o relator manteve o mesmo voto de indeferimento fundamentado nos mesmos argumentos. Porém, houve uma mudança em relação à visão adotada pelo Conselho. Em Plenário, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que o limite de horário para adolescentes e crianças permanecerem em locais públicos durante a noite estaria a critério das Comarcas.

Apesar de declarar que cada Tribunal de Justiça deveria estabelecer seus próprios parâmetros, foi recomendado submeter o assunto à análise da Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, com o intuito de estabelecer regras gerais para o toque de recolher.

A partir dessa decisão, volta-se ao questionamento sobre a competência de tais portarias. O Conselho Nacional de Justiça, órgão de regulação do Judiciário, possibilitou que se implementasse o toque de recolher, abrindo precedente para que tais medidas sejam de competência do Judiciário. Todavia, parece ter sido muito precipitada tal decisão, partindo da visão de que tal pronunciamento tornou a questão *erga omnes*, e não mais *inter partes*, como estava sendo avaliada anteriormente.

Do ponto de vista da legalidade, observamos que, de acordo com os arts. 145 e 149 do Estatuto, as medidas de proteção não possuem caráter geral, e sim específico. Ou seja, para que seja determinada uma medida protetiva, é necessário uma análise caso a caso. O

10 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Certidão de Julgamento 91ª Sessão Ordinária sobre liminar acerca do toque de recolher na Comarca de Ilha Solteira, procedimento administrativo nº 200910000036193. Disponível em: <[---

| 330 |](https://ecnj.cnj.jus.br/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200910000036193&consulta=s&token=> Acesso em: 07 out 2009.</p></div><div data-bbox=)

Estatuto não expressa a possibilidade de se implementar tais medidas em caráter genérico.

Neste passo, levanta-se o entendimento da promotora Amin de que *“Ao juiz coube a função que lhe é própria: julgar. A atuação ex officio não se encontra elencada nos artigos 148 e 149 da legislação estatutária, mas apenas restritiva à função judicante e normativa”* (AMIN, 2006, p 15).

Tecendo uma análise da medida em relação à doutrina da proteção integral, o Estatuto, em seu art 3º, versa explicitamente que *crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral*, devendo ser assegurado seu pleno desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade.

Desta feita, resta evidente a necessidade de haver uma coerência entre os direitos fundamentais e a Doutrina da Proteção Integral. A liberdade é um dos princípios estruturantes do constitucionalismo, como nos diz Carvalho Netto:

Os princípios estruturantes do constitucionalismo, resgatados não na concepção jusnaturalista mas na idéia de integridade do Direito, é que podem garantir a exigência de que a Constituição se apresente como algo que pertença intersubjetivamente a todos os cidadãos, pois base dessa comunidade de homens livres e iguais que vivem sob a égide das leis que fizeram para autoregerem-se em sua vida comum. Algo que não é passível de ser assenhorado, privatizado, por nenhum dos órgãos estatais, sob pena de se esvaír, de se esvaziar, de não ser nada a não ser a face mais visível da própria descrença nas instituições, da anomia. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 20)

REFLEXOS NA SOCIEDADE

A medida do toque de recolher gerou várias reações nos atores sociais relacionados à Proteção Integral, ao Estatuto e aos mecanismos de suporte para a implantação da referida doutrina. Alguns deles estão diretamente ligados ao caso por representarem o grupo social mais afetado, como a representação de jovens da cidade de Ilha Solteira, que se pronunciou na audiência pública realizada antes da prolação da Portaria.

Estes representantes apresentaram um quadro da cidade, expondo a precariedade de acesso à educação, cultura e lazer. Apresentaram o argumento de que se houvessem redes sociais de lazer e políticas públicas voltadas para sua faixa etária, as crianças e adolescentes não ficariam nas ruas até altas horas da noite.

Além da representação de jovens de Ilha Solteira, outras entidades também se manifestaram, emitindo documentos oficiais ou se pronunciando publicamente. Um dessas entidades sociais que interagem com o tema é o Fórum Colegiado Nacional de Conselheiros Tutelares (FCNCT), que publicou uma nota sobre o toque de recolher¹¹.

Na referida nota, o FCNCT se posicionou contra o toque de recolher, alegando que o argumento do judiciário em relação à diminuição da criminalidade é preconceituoso, camuflando o que de fato acontece: menos de 1% de crianças e adolescentes se envolve na criminalidade. Além disso, imputa aos adolescentes a responsabilidade pelo alto índice de violência em nosso país.

Argumenta também que a medida de responsabilização não alcança nem se aplica aos pais que não estão cuidando de seus filhos,

11 PARÁ. Nota do FCNCT ao “toque de recolher”: toque de recolher é uma ação utilizada em situações de alerta máximo de violência e perigo para a população. Fórum Colegiado Nacional de Conselheiros Tutelares. Disponível em <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Manifesto%20do%20FCXNCT%20ao%20Toque%20de%20Recolher1.pdf>. Acesso em 17 de out 2009.

muito menos àqueles que não fazem do lar um lugar de segurança, afeto, harmonia, respeito e diálogo com a família. Questiona a medida em relação a situações de risco em que a criança e o adolescente sofrem dentro de suas próprias casas, quando são vítimas de violência por quem deveriam ser protegidas.

O Conselho Regional de Serviço Social, através de uma Carta Pública, se manifestou contrariamente às restrições de circulação a crianças e adolescentes, contestando o Conselho Tutelar por promover ações semelhantes a órgãos de segurança pública. Relembrou ainda que o ECA inaugurou um novo paradigma sob o princípio de democracia¹².

De igual opinião, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou um parecer¹³ contrário ao procedimento do toque de recolher. Entendeu este órgão ser o toque de recolher ação que denota limpeza social, perseguição e criminalização, enviando na mesma carta, recomendações ao CNJ, no sentido de incluir, em suas pautas de decisão, a questão do toque de recolher, a fim de orientar as Varas de Infância e Juventude sobre a inconstitucionalidade e ilegalidade desses procedimentos.

No documento, foram levantadas outras questões relativas à restrição imposta, como a desconformidade com os preceitos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança recepcionada pelo ordenamento brasileiro; e o uso inadequado da polícia em ações de recolhimento de jovens em situações de rua ou de risco.¹⁴

Diferentemente das manifestações expostas acima, o jurista Dalmo Dalari, membro de Conselho Nacional de Direitos Huma-

12 SÃO PAULO. Carta Pública: “toque de recolher” é violação do direito de liberdade. Conselho Regional de Serviço Social de São Paulo, 9ª Região. Publicada 01 de maio de 2009.

13 BRASIL. CONANDA se posiciona contra o toque de recolher. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/idades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em 21 set 2009.

14 BRASIL, Op. Cit., 2009.

nos, se posicionou favorável à medida, interpretando-a não como uma restritiva, mas condicional, porque o público infanto-juvenil poderia permanecer nas ruas, se acompanhados de seus pais.¹⁵

CONCLUSÃO

De acordo com a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir a proteção integral à criança e adolescente. Esses são os atores que a Doutrina da Proteção Integral confere o dever e a responsabilidade de zelar pelo desenvolvimento desse grupo.

A cada ator dessa Doutrina atribui-se um campo de ação: aos pais, o dever de educar, de sustentar e de guardar (art. 22, ECA); à sociedade, o dever de reconhecer a criança e adolescente como sujeito de direito; ao Estado, o dever de assegurar a crianças e adolescentes o pleno gozo de suas garantias e direitos, assim como as devidas prestações à sociedade como um todo. Contudo, a ação do Estado é limitada pela lei.

Ao promover o toque de recolher, o Estado reforça ainda mais o controle social. As *blitz* e ações das Polícias Militar e Civil deixam evidente a vigilância estatal sobre este setor da sociedade. Proibições relativas aos comportamentos e costumes diuturnos dos adolescentes interferem no modo de vida destes e, por conseguinte, na forma de educação e decisões de seus pais. Limitar horários é tradicionalmente atribuição destes. Cabe o questionamento sobre até que ponto o Estado pode intervir na esfera de decisão da família.

A simples limitação de horário em si não ajuda na fomentação do núcleo familiar, pois não se pode pressupor que os laços familiares se estreitem pela mera presença dos filhos em casa à noite, assim

15 OSMAN, Ricardo. Jurista apoia toque de recolher no interior. Diário do Comércio, São Paulo, 22 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.dcomercio.com.br/Materia.aspx?id=15698>. Acesso em: 01 maio 2009.

como não se pode pressupor que crianças e adolescentes não estarão em situação de risco dentro de suas próprias casas. Tais circunstâncias de perigo não são somente encontradas nas ruas e nos horários noturnos. As crianças e adolescentes podem estar expostos a elas a todo tempo e lugar.

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos questionar a eficácia do toque de recolher no rendimento escolar, ou mesmo a argumentação de que essa medida trará melhores noites de sono. A permanência das crianças e adolescentes em seus lares não implica em melhor desenvolvimento nos estudos, nem significa que os mesmos irão dormir mais cedo. Esses argumentos subestimam a complexidade dos problemas e desafios dessa faixa etária.

Quanto ao alcance da autonomia, o toque de recolher também não pode ser considerado uma condição *sine qua non*. Para o juiz da Comarca de Ilha Solteira, ao dormirem mais cedo, meninos e meninas têm melhor rendimento na escola o que favorece na formação de suas consciências. Sendo esta, então, um aspecto fundamental para a autonomia, a restrição à circulação contribui, por essa lógica, para a liberdade de decisão. Entretanto, como já fora mencionado, a boa educação não se alcança com a mera boa noite de sono, mas com toda uma estruturação na qual participem Estado, família e sociedade.

Além das questões supra mencionadas, não se pode negar o fato de que as ações dos órgãos públicos para a implementação da medida acabam por promover situações vexatórias para a criança e o adolescente. As rondas de carros da polícia e as medidas de advertência aos pais são formas de garantir a segurança em detrimento a outros direitos, como a liberdade e a dignidade. A partir dessa linha de raciocínio vem o questionamento sobre as condições do poder público de promover segurança à população por outras vias de atuação que não sejam conflitantes com os princípios fundamentais.

A medida de restrição de circulação em logradouros públicos no horário noturno atribui a criança e ao adolescente a respon-

sabilidade que a Doutrina da Proteção Integral remete ao Estado,, à família e à sociedade. Em vez de exigir a segurança de crianças e adolescente àqueles cuja a Doutrina da Proteção Integral incumbiu o dever de assegurar os direitos, pelo contrário, priva-se essa faixa etária de sua liberdade, seu lazer de seu convívio social.

A Doutrina da Proteção Integral, inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, determina um rol exemplificativo de medidas de proteção. Por ser um rol exemplificativo, abre pressupostos para outras medidas de proteção, porém é explícito na mesma legislação, em seus arts 145 e 149, que essas medidas de proteção possuem caráter personalíssimo, devendo ser empregadas caso a caso e não para uma coletividade como toda a sociedade infanto-juvenil de uma Comarca.

O caso do toque de recolher, assim, adentra em um campo de delicadas questões. O conflito entre liberdade e proteção reflete a problemática da medida justa que deve empregar o poder público no uso de instrumentos de proteção. Tais ações podem, facilmente, se revestir com teor repressivo, sob argumento de segurança contra situações de risco, configurando-se em abuso de poder. Mais uma vez, portanto, ferem-se direitos fundamentais da população infanto-juvenil, desprezando seu *status* de sujeitos de direito e tratando-lhes como camada de menor valor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, D. C. . “*Toque de Recolher*” para menores: porque o direito de ir e vir não é o direito de ficar à deriva. *Jus Navigandi*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12717>> Acesso em: 29 out 2010.

BATALHA, Sergio Fedato; FERREIRA, L. A. M. . *Toque de recolher ou toque de acolher*. Portal dos direitos da criança e do adolescente, Brasília-DF: 5 maio 2009. Disponível em: < http://www.abmp.org.br/UserFiles/File/artigo_toque_recolher.pdf>. Acesso em: 19 out. 2009.

BATISTA, V. O. . *Estatuto da Criança e do Adolescente e Direitos Humanos: uma abordagem jurídico-social*. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ - Nova Série, v. 1, p. 83-97, 2008.

BRASIL. CONANDA se posiciona contra o toque de recolher. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Portal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: < http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/idades/promotorias/pdij/nota_conanda.pdf>. Acesso em 21 set 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8069, 13 jul. 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 3 maio 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Certidão de Julgamento 91ª Sessão Ordinária sobre liminar acerca do toque de recolher na Comarca de Ilha Solteira, procedimento administrativo nº 200910000036193. Disponível em: < https://ecnj.cnj.jus.br/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200910000036193&consulta=s&token=>> Acesso em: 07 out 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Certidão de Julgamento 89ª Sessão Ordinária sobre liminar acerca do toque de recolher na Comarca de Patos de Minas, procedimento administrativo nº 200910000023514. Disponível em: < https://ecnj.cnj.jus.br/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200910000023514&consulta=s&token=> Acesso em: 07 out 2009.

CARVALHO NETTO, M. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica de administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v.1, n.1, p. 11-20, 2001.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

G1, informações do Fantástico. *Blitz do Toque de Recolher Mobiliza 50 Pessoas no Interior de SP*. Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1099100-5605,00.html>. Acesso: 4 de Maio 2009.

MACIEL, Kátia (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAGENTA, Mateus; FREIRE, Sílvia. *Toque de Recolher Reduz Casos de Violência Envolvendo Jovens*. Folha de São Paulo: São Paulo, 05 jun. 2011.

MARTINS-COSTA, J. . A Reconstrução do Direito Privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. In: _____. *A tutela da Criança e do Adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela Doutrina da Proteção Integral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap 10, parte III, p. 518-550.

MOREIRA, E. R. . *A Teoria das Restrições dos Direitos Fundamentais*. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, 2009.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. *O toque de recolher ajuda a reduzir a violência?* Universidade de São Paulo. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1921&Itemid=29. Acesso em: 3 maio 2009.

ONU. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Editora ALERJ. 1988.

OSMAN, Ricardo. *Jurista apoia Toque de Recolher*. Diário do Comércio, 24 abr 2009. Disponível em: < <http://www.dcomercio.com.br/Materia.aspx?id=15698> > Acesso em: 2 maio 2009.

PARÁ. *Nota do FCNCT ao “toque de recolher”*: toque de recolher é uma ação utilizada em situações de alerta máximo de violência e perigo para a população. Fórum Colegiado Nacional de Conselheiros Tutelares. Disponível em <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Manifesto%20do%20FCXNCT%20ao%20Toque%20de%20Recolher1.pdf>. Acesso em 17 de out 2009.

RIO DE JANEIRO. *Deliberação nº 763/09 AS/CMDCA*. Secretaria Municipal de Assistência Social, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.criancanaoederua.org.br/Pol%C3%ADtica%20de%20Atendimento%20%C3%A0%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente%20em%20Situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Rua.pdf?id>>. Acesso em: 20 set 2009.

SANTOS, Carla. *Juventudes: toque de recolher prova incompetência do Estado*. Vermelho online. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/base.asp?texto=55111>. Acesso em: 4 maio 2009.

SANTOS, E. C. ; PEREIRA, V. L. . *Da Doutrina do Direito Penal do Menor à Proteção Integral da Criança e do Adolescente*. 2008. (Desenvolvimento de material didático ou instrucional - Apostila).

SÃO PAULO. *Carta Pública: “toque de recolher” é violação do direito de liberdade*. Conselho Regional de Serviço Social de São Paulo, 9ª Região. Publicada 01 de maio de 2009.

SILVA, José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, E. T. de. *Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral*. Cidadania Ativa. Disponível em:

< http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos_multimidia/102.pdf>. Acesso em: 18 out 2009.

_____. *Os direitos da criança e do adolescente e sua implementação do Brasil*. Cidadania Ativa. Disponível em: <http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos_multimidia/104.pdf>. Acesso em: 18 out 2009.