

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TOQUE DE RECOLHER PARA
MENORES

BÁRBARA LORENA MARTINS DE FARIAS

CARUARU
2016

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TOQUE DE RECOLHER PARA
MENORES

BÁRBARA LORENA MARTINS DE FARIAS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Fernando Gomes Andrade.

CARUARU
2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___

Presidente: Prof. Fernando Gomes Andrade

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho acadêmico aos meus pais, Luiz Barbosa de Farias e Maria da Conceição Martins de Farias, que não mediram esforços para me proporcionar uma boa educação, mesmo em meio a tantas dificuldades, confiaram ao meu irmão e a mim a realização dos seus próprios sonhos profissionais. Aos meus pais, presto essa singela homenagem, pois sem eles, nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por guiar e iluminar os meus passos durante essa caminhada.

Segundo aos meus pais, que possibilitaram a minha formação acadêmica.

Ao meu irmão que me serviu de exemplo, ao meu namorado que sempre me apoiou e esteve sempre ao meu lado, a amigos e familiares.

Ao meu orientador, Prof. Fernando Andrade, que desde o início acreditou no meu potencial.

*“O pior uso que se pode fazer da
liberdade é abdicar dela”
(Victor Hugo)*

RESUMO

Os direitos fundamentais e o toque de recolher, o presente trabalho busca fazer uma análise sobre os direitos fundamentais envolvendo a constitucionalidade do toque de recolher para menores de 18 anos, como medida de segurança adotada em alguns Municípios do país, à luz do ordenamento jurídico. No que diz respeito ao toque de recolher, parte da obra restou embasada em artigos científicos e jurisprudências disponíveis na internet, devido à falta de disponibilidade de doutrina envolvendo a temática, porém, com relação aos direitos fundamentais, várias obras doutrinárias foram utilizadas como fontes de pesquisa, assim como a legislação brasileira, nos textos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Código Civil (CC) e Constituição Federal (CF/88). O método qualitativo foi utilizado na elaboração deste trabalho uma vez que este permaneceu fundamentado nas opiniões de especialistas e no estudo das leis vigentes no Brasil. No decorrer da leitura, será observada a polêmica gerada em torno do toque de recolher para crianças e adolescentes e o conflito de direitos fundamentais compreendidos na medida, visto que, de um lado está o direito a liberdade de locomoção e de outro o direito à segurança dos menores, e diante dessa discussão buscar a melhor e mais viável alternativa para solucionar o problema.

PALAVRAS-CHAVE: Toque de Recolher; Direitos Fundamentais; Liberdade e Segurança; Ponderação de Princípios.

ABSTRACT

The Fundamental rights and the curfew, This present monograph aims to conduct a study about the fundamental rights, involving the constitutionality of the curfew as a safety measure adopted in some counties of the country, for children and teenagers younger than 18 years old, according to the current juridical order. With regard to the curfew, part of the work remains grounded in scientific articles and case law available on the internet, due to lack of availability of doctrine involving the issue, however, in respect to fundamental rights, several doctrinal works were used as sources of research, as well as Brazilian law, the Statute of the texts of the Child and Adolescent (ECA), Civil Code (CC) and the Constitution of Brazil (CF / 88). The qualitative method was used in preparing this monograph, since it remained based on the opinions of experts and the study current juridical order. During the reading, will be observed the controversy generated around the curfew for children and adolescents and the fundamental rights conflict understood as, since, on the one hand is the right to freedom of movement and on the other the right to security minors, and before this discussion to seek the best and most viable alternative to solve the problem.

KEY-WORDS: Curfew; Fundamental Fights; to Liberty and Security; Weighting of Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	12
1.1 História dos Direitos Fundamentais	12
1.2 As dimensões dos Direitos Fundamentais	16
1.3 Conceito Atual de Direitos Fundamentais	20
1.4 Características dos Direitos Fundamentais	21
CAPÍTULO II – TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	24
2.1 Origem do toque de recolher	24
2.2 Conceito de toque de recolher	26
2.3 Finalidade da medida	27
2.4 Análise Detalhada da Portaria 3/2009	28
CAPÍTULO III – VISÃO GERAL DO TOQUE DE RECOLHER	33
3.1 Aspectos positivos do toque de recolher	33
3.2 Aspectos negativos do toque de recolher	35
3.3 O toque de recolher à luz do ordenamento jurídico brasileiro	38
3.3.1 Os direitos fundamentais e o toque de recolher para crianças e adolescentes	39
3.3.2 Cabe ao Poder Judiciário criar e executar leis?	41
3.3.3 O Código Civil de 2002 e o exercício do poder familiar.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49
ANEXOS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise da constitucionalidade do toque de recolher como medida de segurança adotada em algumas cidades do Brasil. O instituto foi criado com o objetivo de proteger crianças e adolescentes que, a cada dia mais, estão sendo vítimas de várias formas de violência.

O toque de recolher é uma medida recente que gerou muita polêmica no Brasil, utilizada pela primeira vez pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Fernandópolis - SP, Dr. Evandro Pelarin, onde o mesmo tratou a temática com bastante rigor, visto que após a implantação desta medida, o índice de violência infantil diminuiu consideravelmente, passando imediatamente a ser incorporadas a outras comarcas, por outros magistrados.

É importante lembrar que a implementação do toque de recolher foi realizada mediante decisão judicial, considerada uma solução para os problemas quanto à criminalidade envolvendo crianças e adolescentes. O assunto é interessante em razão do debate que gira em torno de sua constitucionalidade, devido às controvérsias sobre tal questão. Especialistas como o representante do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Ariel de Castro Alves, alerta que o toque de recolher fere o direito fundamental à locomoção previsto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A CF/88 traz elencado em seu artigo 5º os direitos fundamentais, tais como a vida, saúde, igualdade, segurança, liberdade, inerentes a todo e qualquer cidadão brasileiro, garantias essenciais e imprescindíveis que a Constituição nos oferece.

No ápice da pirâmide normativa, ou seja, superior a todas as outras, a Constituição serve de alicerce na construção dos demais regulamentos. Isso significa que todas as leis e normas devem estar em conformidade com seus princípios, pois serve de pilar e fonte principal do direito brasileiro, sendo todas as normas, portanto, vinculadas a ela. Dessa forma, considera-se inconstitucional tudo aquilo que estiver em desacordo com seu texto de lei. Dá-se o nome de Constitucionalização do direito, onde a norma maior e seus princípios servem de referência sobre qualquer questão.

Sendo assim, conforme o princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de modo que a lei maior esteja sendo eficaz e plena. O artigo 5º, inciso XV, da CF/88 prevê: *“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”*.

Além disso, o ECA também dispõe sobre o direito fundamental à liberdade em seu artigo 15 *“A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”*.

Entretanto, o toque de recolher engloba outra garantia constitucional prevista no mesmo artigo 5º, referente à segurança pública, argumento utilizado pelo MM Juiz Evandro Pelarin para justificar sua decisão, no que diz respeito ao toque de recolher envolvendo menores, afirma que a rua é um lugar perigoso para as crianças e os adolescentes estarem desacompanhadas, em determinadas horas da noite. Portanto, através de portarias judiciais determinou à polícia e ao Conselho Tutelar que recolhessem os menores de 18 anos que estivessem nas ruas a partir de tal horário (Anexo 1, p.53).

Considerando o artigo 227, parágrafo 3º, inciso V da CF/88 estabelece *“obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”*. Isso significa dizer que o toque de recolher é uma medida que impõe uma pequena “privação” à liberdade, porém necessária à proteção dos menores que estejam em situação de risco.

Além do conflito entre princípios fundamentais, importante mencionar a forma em que a medida foi criada, por meio de uma decisão judicial, porém, dessa forma o juiz, membro do poder judiciário passa a exercer papel de legislador, uma vez que a decisão judicial que referente ao toque de recolher formalizou-se através de uma portaria de caráter geral aos menores de 18 anos.

Diante disso, o trabalho visa analisar a constitucionalidade do toque de recolher, diante dos direitos fundamentais em questão, fazendo uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos na temática, no tocante a proteção integral e a liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes. Pois bem, no decorrer deste trabalho acadêmico será analisada de forma clara e objetiva a

constitucionalidade do toque de recolher como medida de proteção aos menores de dezoito anos, com base na opinião de especialistas acerca da temática e do ponto de vista legal diante da adoção do toque de recolher pelo Poder Público em alguns municípios brasileiros.

Portanto, é interessante atentarmos para o tema, por se tratar de dois direitos fundamentais que se contrapõem, ou seja, de um lado a segurança de crianças e adolescentes vítimas da violência e do outro a liberdade de tais jovens que está sendo tolhida em virtude da ineficácia de todo um sistema.

Até que ponto um direito pode se sobressair acima do outro?

CAPÍTULO I – HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo tem como objetivo fazer um estudo dos Direitos Fundamentais, desde sua origem, passando pela evolução histórica até os dias de hoje. Seguindo pela análise do conceito de Direitos Fundamentais, suas características, dimensões e/ou gerações, as limitações e possibilidades no momento de sua utilização.

A evolução histórica dos Direitos Fundamentais foi longa e gradativa. Não foram criados de uma só vez, foram evoluindo e se concretizando no decorrer da vivência humana social. Para compreender o significado atual dos Direitos Fundamentais é necessário fazer um estudo mais aprofundado de sua existência em épocas passadas, visto que, até chegar ao presente momento, os Direitos Fundamentais passaram por várias fases, conhecidas doutrinariamente por gerações.

1.1 HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais estão ligados à imposição de limitações ao poder estatal e a proteção dos interesses dos indivíduos, a fim de que seus direitos sejam resguardados.

Surgiram em meio às revoluções americana e francesa no século XVIII, foi um marco para a o surgimento do Estado Moderno e de Direito. A princípio achava-se que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 não possuía um caráter normativo, uma vez que não possuía a sanção do monarca, considerada apenas como uma declaração de princípios. Mais tarde, não obstante, foi admitida a vontade da Nação, e a declaração passou a ser reconhecida como pilar principal para a concretização dos direitos dos cidadãos.¹

Porém, estudos afirmam que os direitos fundamentais são mais antigos do que se imagina. No terceiro milênio a.C. no Antigo Egito e Mesopotâmia, existiam

¹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. Âmbito Jurídico.** Rio Grande, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em 02 set. 2015.

algumas previsões nas quais protegiam os indivíduos com relação ao Estado. As Leis de Eshnuna, por exemplo, tinham como finalidade impor limites com relação aos juros de dívidas e ainda a fixação de salários para alguns trabalhadores. Nessa época, como se observa, já se encontrava alguns resquícios de tais direitos.²

A criação do Código de Hamurabi foi um grande salto na evolução dos Direitos Fundamentais, visto que foi incorporado ao seu texto leis que regulariam a vida em sociedade, como o direito a vida, propriedade, honra, dignidade, família, além do fato de a lei prevalecer sobre as condutas humanas e imposição de barreiras ao poder do governante.

A religião sempre teve forte influência no mundo inteiro. As Leis Mosaicas, ou Leis de Moisés, conhecidas também como *Torá* (em Hebreu), regulamentavam a relação do ser humano com Deus e com seus semelhantes, onde todos eram iguais perante Deus e ninguém estava acima da lei.³

Na Grécia Antiga, ou Antiguidade Clássica, o homem apenas era tratado como cidadão no plano filosófico, e não como sendo portador de direitos propriamente ditos na esfera jurídica, como se observa nas palavras de Martins:

A Grécia Antiga também lançou bases para o reconhecimento dos direitos humanos, sendo que sua primeira colaboração foi no sentido de colocar a pessoa humana como centro da questão filosófica, ou seja, passou-se de uma explicação mitológica da realidade para uma explicação antropocentrista.⁴

Já na Idade Média, o surgimento do Cristianismo teve grande importância para o reconhecimento dos direitos humanos e limitações ao poder político, uma vez que defendia a igualdade de todos os cidadãos.

A *Magna Charta Libertatum* de 1215, outorgada por João Sem-Terra na Inglaterra, é apontada como um antecedente notório, apesar de embrionário para o reconhecimento dos Direitos Fundamentais. Seu texto trazia restrições ao poder absolutista do governante, concedendo alguns privilégios a nobreza e posteriormente passou a ser aplicada a toda a Inglaterra, como pode ser extraído nas palavras de Comparato:

² ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 29.

³ RINDLISBACHER, Samuel. **A lei mosaica e seu significado atual**. Chamada, 2015. Disponível em: < <http://www.chamada.com.br/mensagens/lei.html> > Acesso em 02 set. 2015.

⁴ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 21.

Tal documento reconheceu vários direitos, tais como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, sem anuências dos contribuintes, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca.⁵

Na Idade Moderna, a Declaração de Direitos de Virgínia em 1776, contemplava em seu texto direitos fundamentais, tais como à vida, à liberdade e a propriedade.

Na Inglaterra a o *Petition of Rights* em 1628, considerada por muitos doutrinadores como a segunda Declaração de Direitos, exerceu forte influência na declaração de direitos norte-americana. E serviu para consolidar muitas prerrogativas importantes prevista na *Magna Charta Libertatum*.

No pensamento de Alexandre de Moraes, citada na obra do autor Fernando de Andrade, a *Petition of Rights*, previa que:

Ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do parlamento; e que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma, molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa de pagá-los. Previa, ainda, que nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente.⁶

Já em 1686, também na Inglaterra, surgiu a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), em decorrência da Revolução Gloriosa, que pôs um fim no absolutismo e consolidou o liberalismo. Tinha como principal objetivo limitar o poder do rei, pois a concentração dos poderes inerentes ao Estado passou para a figura do Parlamento. Nesta declaração surgiu à ideia da separação dos poderes do Estado, enalteceu o princípio da legalidade, limitou o poder do rei, além de proibir penas cruéis, multas excessivas e cobrar impostos sem a anuência do Parlamento.⁷

Com o surgimento do constitucionalismo no final do século XVIII, nos Estados Unidos, inaugurou-se o Estado Moderno após a decretação da Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, tinha como objetivo normatizar a vida social, afastando as ideias religiosas, conforme a tradição liberal e iluminista. Isso porque, a religião sempre teve forte influência na tomada de decisões e na vida em sociedade.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 79-80.

⁶ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 33.

⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 145.

Aqui o direito à vida, à liberdade e a propriedade, assim como a liberdade religiosa e de imprensa, princípios como o da legalidade, do devido processo legal, do juiz natural e a busca da felicidade⁸ estavam estampados e normatizados nos dezesseis artigos da declaração, como bem esclarece Walber de Moura Agra:

Dos dezesseis artigos da Declaração da Virgínia, nove versavam sobre princípios gerais para a implantação de uma república livre de qualquer tipo de dominação, destacando-se, pela primeira vez em texto positivo, o estabelecimento da separação de poder, com a delimitação das competências de órgãos estatais – art. 5º. Os outros sete artigos remanescentes versavam acerca de garantias em relação aos direitos individuais.⁹

Constituição norte-americana de 1787 incorporou a seu texto vários direitos fundamentais, tais como a inviolabilidade do domicílio, o devido processo legal, ampla defesa, a proibição de penas cruéis, o julgamento pelo Tribunal do Júri a liberdade religiosa¹⁰ entre outros. De acordo com as palavras de Walber de Moura Agra:

A concretização da igualdade formal foi um dos alicerces que marcaram a construção do republicanismo norte-americano. Determina que o povo é a fonte do poder estatal, fazendo com que a soberania popular fosse alçada a dogma da organização política, inclusive podendo modificar as autoridades instituídas quando as decisões tomadas contrariassem os anseios populares.¹¹

Isso significou muito na época, pois os direitos humanos passaram a ser respeitados e as pessoas passaram a ser consideradas iguais sem qualquer distinção ou privilégios de grupos. Nota-se aqui uma das características dos direitos fundamentais, a universalidade, que será estudada posteriormente.

A Revolução Francesa de 1789 foi uma referência crucial para a normatização e concepção dos direitos fundamentais, seguido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que teve uma forte influência na atual Constituição Federal brasileira.

Com o lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a Revolução Francesa representa a luta da classe burguesa contra o absolutismo da época, significou ainda, um marco na passagem da Idade Média para a Idade Moderna.

⁸ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 35.

⁹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 146.

¹⁰ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 36.

¹¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 147.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa, buscou garantir os mínimos direitos inerentes a todos os seres humanos, como a liberdade, propriedade e igualdade, bem como a limitação do poder do Estado, tendo com característica o universalismo, o intelectualismo e o individualismo.¹²

Como se observou, no decorrer da história os Direitos Fundamentais passaram por um longo processo evolutivo, como bem afirma Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹³

Tais direitos foram se concretizando a partir da vivência humana social, tendo como influência fatores tais como a religião, economia, política, entre outros, até chegar a ser incorporado de forma efetiva, isso de deu após anos de luta, e hoje são considerados os direitos indispensáveis, fundamentais e indisponíveis na vida de todos os cidadãos.

1.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se observou ao longo deste capítulo, os Direitos Fundamentais sempre estiveram associados à evolução histórica social, religiosa, política, econômica, ou seja, evoluíram na proporção que a sociedade se desenvolvia.

Diante disso, a doutrina classifica três gerações ou dimensões dos Direitos Fundamentais, que reproduzem um processo “evolutivo cumulativo” destes direitos. Utiliza-se esse termo, pelo aumento progressivo dos direitos considerados fundamentais, onde a dignidade da pessoa humana passou a ser protegida juridicamente.¹⁴ Isso significa dizer que no decorrer da história, houve uma soma progressiva, uma vez que as antigas formas de proteção foram somadas a outras surgidas no passar do tempo, sendo cada uma delas consideradas uma grande conquista para humanidade naquela época.

¹² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 148.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 115-116.

De acordo com Paulo Bonavides:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a forma da generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.¹⁵

As gerações dos Direitos Fundamentais são: Direitos individuais, Direitos Sociais e Direitos de Fraternidade.

a) Os Direitos Fundamentais da primeira geração surgiram a partir das revoluções liberais francesas e norte-americanas, onde a burguesia lutava pelo reconhecimento das liberdades individuais no final do século XVIII, também denominados direitos civis e políticos, como bem esclarece Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.¹⁶

São considerados como a primeira forma de separação do poder estatal na vida do ser humano. Ressaltava o princípio da liberdade, sendo, pois, uma resposta do Estado Liberal, defensor dos direitos naturais do homem, ao poder absolutista do rei, momento este onde foi instaurado o constitucionalismo no Ocidente.

Na fase do liberalismo, encontramos os direitos da primeira geração, são eles, o direito a liberdade, igualdade, a vida, segurança, propriedade privada, advindos justamente do Estado Liberal.

Naquela época acreditava-se que quanto mais o Estado intervisse nas relações do indivíduo com o meio social, menos direitos ele possuía, ou seja, quanto

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. pp. 516-517.

¹⁶ Ibidem, p. 562.

menor a intervenção estatal, maior seria o exercício dos Direitos Fundamentais, aqui o Estado desempenhava um papel de “guardião das liberdades”.¹⁷

A primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais representa o afastamento do Estado nas relações dos indivíduos em sociedade, sendo apenas um defensor e guardião das liberdades. Também são conhecidos como “direitos negativos”, pois como dito anteriormente, requer uma limitação da atuação do governante, em benefício da liberdade exclusiva do povo.¹⁸

b) Já na segunda geração, os Direitos Fundamentais estão relacionados a liberdades positivas, ou “direitos positivos”, uma vez que requer a presença do Estado no sentido de proteger e garantir os direitos sociais, econômicos e culturais tanto individuais quanto do ponto de vista coletivo.¹⁹

Sua natureza é justamente o cuidado com as necessidades do ser humano, sendo assim, uma fase evolutiva na qual se buscava a proteção da dignidade humana.

Os direitos fundamentais da segunda geração surgiram a partir da Revolução Industrial, no início do século XIX, momento em que o proletariado lutava pelos seus direitos sociais mais básicos, como por exemplo, a educação, alimentação, saúde, entre outros.²⁰

Ao contrário dos direitos fundamentais da primeira geração que limitavam o poder do Estado, aqui eles possuem objetivos completamente opostos, o Estado deixou de ser uma figura considerada “inimiga”, e passou a ser considerada “amiga” diante da sociedade. A segunda geração conta com a efetiva integração do Estado, na busca de melhores condições de vida da população, que luta pela diminuição das desigualdades sociais e materiais.²¹

Os direitos da segunda geração foram legitimados na Constituição mexicana de 1917, em seguida na Constituição alemã, de Weimar, em 1919, e marcados pela incorporação dos direitos sociais, conforme as palavras de Daniel Sarmento:

¹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. 13 ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

¹⁸ DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 02 set. 2015.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 51.

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.²²

c) Os Direitos Fundamentais da terceira geração são direitos referentes à solidariedade e fraternidade, tais como à paz, o meio ambiente, à comunicação, ao desenvolvimento econômico, ao progresso. O diferencial dessa geração de direitos é que aqui não se fala em direitos individuais e sim coletivos, pois abrange todos os seres humanos. Essa geração preocupou-se em assegurar os direitos das futuras gerações, ou seja, daquelas pessoas que ainda não existem, mas que um dia participarão e irão usufruir do patrimônio da terra.²³

São considerados direitos coletivos, decorrentes de uma sociedade de massas, visto que não estão voltados apenas a uma parcela da população, mas sim, para a sociedade como um todo, surgiu a partir do desenvolvimento econômico, nos processos de industrialização.

De acordo com o entendimento de Fernanda Luiza:

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.²⁴

Existem autores como Paulo Bonavides que acreditam em uma quarta geração de Direitos Fundamentais, relacionada ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo. O autor afirma que tais direitos foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio do processo de globalização política.²⁵

²² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 19.

²³ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 55.

²⁴ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 74-75.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 571-572.

Acredita-se que o lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, estão associados as três gerações dos Direitos Fundamentais, onde estes através de um longo processo evolutivo cumulativo foram implementados na vida de todos os seres humanos.²⁶

1.3 CONCEITO ATUAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais ou direitos constitucionais, como assim pode-se dizer, são instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, ou seja, uma forma de limitação do poder estatal. São imprescindíveis à pessoa humana, pois asseguram a todos a dignidade, liberdade e igualdade.²⁷

Desse modo, o Estado além de reconhecer tais direitos, deve fazer com que eles sejam realmente concretizados, incorporados e efetivados na vida de todas as pessoas.

A constituição Federal de 1988, trás elencado em seu art. 5º, o rol dos Direitos Fundamentais, onde estão previstos e sistematizados os direitos e deveres individuais e coletivos, porém, apesar de amplo, não pode ser restringido devido à evolução e contemporaneidade da sociedade.

Dessa forma, se observa que o conceito e definição do que sejam os Direitos Fundamentais, apresenta-se de forma complexa, quando examinado sob uma ótica histórica social, pois seu principal objetivo é a proteção os interesses indispensáveis à pessoa humana.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direito à fraternidade e à solidariedade).²⁸

E prosseguem afirmando:

²⁶ ANDRADE, Fernando Gomes. **Direitos sociais e concretização judicial: limites e possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 55.

²⁷ MAFRA, Francisco. **Direitos e Garantias Fundamentais: um conceito. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=798>. Acesso em 05 set. 2015.

²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. 13 ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110.

Sob o enfoque do conteúdo, os Direitos Fundamentais podem ser classificados segundo valores específicos que estão destinados a proteger. Como já afirmado, existe um valor genérico que permeia a noção de Direitos Fundamentais, qual seja a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões.²⁹

1.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais possuem características próprias que os distinguem dos demais direitos, pois os colocam em um patamar diferenciado com relação as outras normas do ordenamento jurídico.³⁰ Para que tais direitos sejam denominados e classificados como Direitos Fundamentais faz-se necessário o reconhecimento de tais características, são elas:

a) **Historicidade:** está ligada a evolução histórica da humanidade. Isso significa que o direitos fundamentais são conquistas, resultados de anos de luta dos cidadãos.

Os Direitos Fundamentais vivem em processo evolutivo, ou seja, não nascem de uma hora para outra, ou de uma só vez, sua mutação está relacionada ao desenvolvimento da sociedade, as circunstâncias sociais, econômicas e políticas influenciam diretamente no surgimento de novos direitos ou no aprimoramento daqueles que já existem.³¹ Ou seja, se modificam de acordo com as necessidades e interesses do homem, ao longo da história.

b) **Universalidade:** significa que os Direitos Fundamentais são destinados a todos os cidadãos sem qualquer distinção. São indispensáveis para o bom convívio em sociedade. Não são direcionados apenas a um grupo de pessoas e sim a população em um todo, devendo ser respeitados e reconhecidos em todo o mundo.

c) **Inalienabilidade:** trata-se de direitos não alienáveis, não podem ser transferidos ou negociados.

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. 13. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112.

³⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 160.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e sociais: estudos de direito constitucional. Internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

d) Imprescritibilidade: significa dizer que os Direitos Fundamentais não prescrevem, devido à falta de utilização. Decorrem de outra característica dos direitos fundamentais, a Inalienabilidade.

e) Irrenunciabilidade: ninguém pode dispor de seus Direitos Fundamentais, em outras palavras, ninguém pode renunciar aqueles direitos que lhes são devidos.³²

f) Limitabilidade: são direitos limitados, ou seja, não são absolutos, visto que muitas vezes existe a possibilidade de colisão entre eles, justamente o que será questionado ao longo deste trabalho.

Alguns autores como Walber Agra, por exemplo, acreditam na existência de outras características dos Direitos Fundamentais, como a Concorrência e a Constitucionalização.

A primeira refere-se à possibilidade dos direitos serem exercidos de forma conjunta, afirmando que:

Esta característica decorre da possibilidade de os direitos humanos serem exercidos em conjunto com outros, ultrapassando uma visão isolada e na maioria das vezes deturpada. Como a vida em sociedade é cada dia mais complexa, uma mesma conduta dá ensejo à incidência de mais de uma prerrogativa, como, por exemplo, o direito de reunião em que seus membros estão exercitando o direito de crença, liturgia e culto.³³

Quanto à segunda, faz com que tenha maior força normativa, para que dessa forma, os direitos humanos sejam protegidos de modo efetivo e eficaz.

A CF/88 traz elencado em seu artigo 5º os direitos fundamentais, tais como a vida, saúde, igualdade, segurança, liberdade, inerentes a todo e qualquer cidadão brasileiro, garantias essenciais e imprescindíveis que a Constituição nos oferece.³⁴

No ápice da pirâmide normativa, ou seja, superior a todas as outras, a Constituição serve de alicerce na construção dos demais regulamentos. Isso significa que todas as leis e normas devem estar em conformidade com seus princípios, pois serve de pilar e fonte principal do direito brasileiro, sendo todas as normas, portanto, vinculadas a ela. Dessa forma, considera-se inconstitucional tudo aquilo que estiver em desacordo com seu texto de lei. Dá-se o nome de

³² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. 13 ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125.

³³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 163.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senda Federal, 1988.

Constitucionalização do direito, onde a norma maior e seus princípios servem de referência sobre qualquer questão.

Sendo assim, conforme o princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de modo que a lei maior esteja sendo eficaz e plena.

Diante disso, no capítulo II, apresentará a decisão proferida na Vara da Infância e Juventude da cidade de Fernandópolis, em São Paulo, conhecida como Toque de Recolher e as repercussões que surgiram em torno desta medida.³⁵

³⁵ FERRAZ, Larissa Cerqueira. **O direito à liberdade e o toque de recolher**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30116/o-direito-a-liberdade-e-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 02 set. 2015.

CAPÍTULO II - TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Neste capítulo será estudado os aspectos específicos do “toque de recolher”, como a origem histórica, o surgimento da medida no Brasil, sua finalidade e a análise detalhada da portaria.

2.1 ORIGEM DO TOQUE DE RECOLHER

O toque de recolher é mais antigo do que se imagina. O termo é derivado do francês arcaico *covrefeu*, que significa “cobrir o fogo”, do inglês *curfew* ou “toque de recolher” em português, trata-se de um regulamento criado na Inglaterra, em 1068. Tinha como objetivo prevenir acidentes durante a noite envolvendo o fogo, onde a partir das 20h00, um sino era tocado e anunciava o momento em que todos deveriam apagar o fogo das lareiras e se recolherem em suas casas.³⁶

Posteriormente surgiu na Europa durante a segunda guerra mundial, onde em determinada hora da noite, as pessoas se recolhiam em suas residências, devido ao grande número de bombardeios, após o acionamento de uma sirene.

A medida também foi bastante utilizada na Alemanha Nazista em meados de 1933 a 1945 em perseguição aos judeus, como forma de repressão social.³⁷ E sempre foi aplicada em ocasiões excepcionais como em guerras, catástrofes, ou seja, em casos que se justifique a limitação temporária do direito à liberdade de locomoção.

No Brasil, o toque de recolher surgiu na cidade de Fernandópolis-SP, quando o Dr. Evandro Pelarin, juiz da Vara da Infância e Juventude do município, resolveu atender o apelo da população que clamava por providências no tocante à segurança das crianças e adolescentes que cada vez mais se envolviam no mundo das drogas e da criminalidade, várias eram as reclamações, vindas dos próprios moradores que

³⁶ TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 11. Disponível em: <<http://www.tecla.sap.com.br/curfew-qual-e-a-origem-o-significado-e-a-traducao/>> Acesso em 07 out. 2015.

³⁷ BRENER, Jayme. **A Segunda Guerra Mundial: o planeta em chamas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999. p.32.

esperavam do Estado uma resposta e uma atitude no combate a violência infantil que crescia cada dia.

Diante desse apelo, em julho de 2005, após reuniões e por provocação da justiça, a partir de uma petição do Ministério Público local, o Poder Judiciário determinou a formação de uma força-tarefa, formada pelas Polícias Civil e Militar e o Conselho Tutelar, para recolher os menores em situação de risco e os encaminhar aos pais ou responsável, além de determinar horários de permanência nas ruas aos menores de 18 anos, desacompanhados dos pais ou representantes legais, fazendo assim a fiscalização e efetivação da decisão proferida.³⁸

De acordo com o pensamento do Dr. Evandro Pelarin, criador da portaria *“as ruas não são um lugar seguro para menores desacompanhados, altas horas da noite, diante da maior probabilidade de distribuição de drogas e de estímulos à prostituição infantil, e da menor vigilância dos pais responsáveis”*.³⁹

Partilhando do mesmo entendimento, após a criação do toque de recolher na cidade de Fernandópolis-SP, outros magistrados efetivamente adotaram o toque de recolher nas comarcas de atuação, espalhando-se por vários outros Estados brasileiros, como é o caso das cidades de: Ilha Solteira-SP, Santo Estevão-BA, Patos de Minas-MG, Guarapari-ES, Bela Vista e Caracol, no Mato Grosso do Sul, Guaxupé-MG, e outras cidades apenas cogitaram sua adoção.⁴⁰

O município de Ilha Solteira foi o segundo a adotar o toque de recolher, por meio da decisão do Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, no dia 20 de abril de 2009. Baseando-se na iniciativa da cidade de Fernandópolis de por um fim nos clamores da sociedade, a portaria criada neste município em basicamente tudo se assemelha a medida fernandopolense que gerou grande repercussão na mídia.⁴¹

O grande diferencial no caso do Município de Santo Estevão, terceira cidade a adotar o toque de recolher, é que a relevância da implantação da medida foi tão grande que de portaria judicial, foi ratificada por uma Lei Municipal com o mesmo

³⁸ TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 12. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/96/3/20403203.pdf>> Acesso em: 07 out. 2015.

³⁹ PELARIN, Evandro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6430>. Acesso em 07 out. 2015.

⁴⁰ Fonte: Bom Dia Brasil – globo.com – 14/04/2014. Acesso em 07 out. 2015

⁴¹ TAVARES, João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 20. Disponível em:<<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/96/3/20403203.pdf>> Acesso em: 07 out. 2015.

teor da primeira, aprovada pela Câmara de Vereadores do Município, tendo como objetivo buscar uma maior legalidade para a medida.⁴²

Já na cidade de Patos de Minas, a adoção o toque de recolher motivou a proposição de um Procedimento de Controle Administrativo no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a pedido do Ministério Público de Minas Gerais, que no primeiro momento proferiu uma liminar suspendendo a portaria, porém, posteriormente, o CNJ considerou-se incompetente para apreciar, afirmando que caberia aos próprios Municípios decidirem a matéria.⁴³

2.2 CONCEITO DE TOQUE DE RECOLHER

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, toque de recolher significa uma *“proibição, determinada com medida excepcional por governo ou autoridade, de os civis permanecer na rua a partir de determinada hora”*.⁴⁴

Toque de recolher é o termo utilizado para denominar uma decisão do Juiz Evandro Pelarin, como dito anteriormente.

De acordo com a determinação judicial, crianças com até 12 anos de idade incompletos e adolescentes com até 13 anos de idade, só poderiam permanecer nas ruas e em locais públicos até as 20h30; entre 14 e 15 anos, até as 22h00min; e os jovens entre 16 e 17 até as 23h00min, caso estivessem desacompanhados dos pais ou de adulto responsável, e em locais ou em situações consideradas de risco, seriam recolhidas pelas Polícias Civil e Militar e pelo Conselho Tutelar encaminhando-os aos genitores ou responsáveis, imediatamente, como medida de proteção e de advertência.⁴⁵

Conforme o pensamento da advogada e educadora Conceição Cinti, o toque de recolher se trata de uma medida disciplinar, com o intuito de proteger as crianças e os adolescentes do perigo da calada da noite, como observa-se em suas palavras:

O "Toque de Recolher" é apenas uma medida que disciplina o tempo de permanência que uma criança ou jovem menor de idade deve permanecer

⁴² TAVARES, João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. pp. 23-24. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/96/3/20403203.pdf>> Acesso em: 07 out. 2015.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ **"Toque de recolher"**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/toque%20de%20recolher>> Acesso em: 05 nov. 2015.

⁴⁵ PROMENINO, Fundação Telefônica. **Sobre o toque de recolher**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://promenino.org.br/servicos/biblioteca/sobre-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 07 out. 2015.

nas ruas, desacompanhados, após o anoitecer, para evitar que esse menor seja vitimado pela violência generalizada, que temos assistido, ou pior, que seja aliciado pelo crime.⁴⁶

Para Aniêgela Sampaio Clarindo “o termo significa a limitação da circulação de crianças e adolescentes pelas vias públicas e em estabelecimentos até certo horário da noite. A partir de então necessitam fazê-lo acompanhados de um maior responsável”.⁴⁷

Importante lembrar que a denominação “toque de recolher” não consta dos processos judiciais, tal nomenclatura foi adotada pela mídia para simplificar o que de fato significava a determinação.⁴⁸

2.3 FINALIDADE DA MEDIDA

Verifica-se que a finalidade da portaria foi tão somente baseada na proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que estas são vítimas de diversas formas de violência. O toque de recolher utilizou-se da Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA para justificar a criação e execução do toque.

Tem como objetivo proteger os menores, evitando-se que frequentem lugares como bares e casas de shows, onde há consumo de álcool, outras drogas ilícitas, ou onde o risco de violência é ainda maior.

Com base no art. 70 do ECA, verifica-se que “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”⁴⁹, ou seja, partindo da análise deste dispositivo, entende-se que o toque de recolher utilizou-se do enunciado de tal artigo para explicar o objetivo da medida. A leitura do artigo deve ser realizada em conjunto com a do *caput* do art. 227 da CF/88, que prevê:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

⁴⁶ CINTI, Conceição. **Toque de recolher e proteção à vida de menores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24591>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴⁷ CLARINDO, Aniêgela Sampaio. **O toque de recolher e o direito infanto-juvenil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18620>>. Acesso em: 07 out. 2015.

⁴⁸ PROMENINO, Fundação Telefônica. **Sobre o toque de recolher**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://promenino.org.br/servicos/biblioteca/sobre-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 07 out. 2015

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

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.⁵⁰

Ambos os dispositivos versam sobre o dever do estado e da família em promover o melhor para as crianças e adolescentes, assegurando-lhes uma vida digna, saudável, protegida de todas as formas de violência, tendo em vista que os dois enunciados tratam da prevenção, além de outros princípios acima elencados.

Ao contrário do que muitos acreditam o ECA não restringe o seu alcance às situações de delinquência infanto-juvenil, muito pelo contrário, após o estudo um pouco mais aprofundado da norma, logo percebe-se que esta norma ressalta a responsabilidade de todos, de um modo geral, em buscar medidas preventivas, que visem afastar os menores de qualquer situação e que potencialmente possam ter seus direitos maculados.

Ocorre que, uma situação tem gerado bastante polêmica é a legitimidade do magistrado em criar portarias, nas quais se utiliza de medidas restritivas quanto à circulação noturna de crianças e adolescentes pelas ruas.⁵¹

Esta problemática se deve ao fato de que no art. 149 do Estatuto, possibilitar ao poder judiciário a tomada destas decisões, em certas ocasiões. Isso fez com que os juristas dividissem suas opiniões no tocante a validade de tal portaria com este teor. Como será explicado no capítulo subsequente.⁵²

2.4 ANÁLISE DETALHADA DA PORTARIA 3/2009

Diante das várias dificuldades que o Município de Fernandópolis vinha enfrentando com relação à violência juvenil, moradores da região pediam providências ao poder judiciário para por um fim a essa problemática que envolvia os jovens da região. Então a solução encontrada pelo Juiz a Vara da Infância e da Juventude foi a criação do toque de recolher por meio da Portaria 3/2009 (Anexo I).

O item 1 da portaria inicia seu texto explicando as razões pelas quais a medida foi criada. Motivado pelas constantes denúncias formais e informais sobre

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁵¹ CLARINDO, Aniérgela Sampaio. **O toque de recolher e o direito infanto-juvenil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18620>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁵² Portal do Ministério Público do Paraná. **CJN suspende toque de recolher em Patos de Minas (MG)**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=68>> Acesso em: 05 nov. 2015.

situações de risco de crianças e adolescentes pelas cidades da comarca, principalmente, daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, desacompanhados dos pais ou responsável, estando expostos ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição e vandalismos, entre outras formas de violência.⁵³

Através de uma ação conjunta do Ministério Público, as Polícias Civil e Militar, o Conselho Tutelar e a OAB, foi criada basicamente uma força tarefa desde agosto de 2005, para recolhimento de crianças e adolescentes que estivessem nas ruas, em altas horas da noite, em situações de risco, como dispõe o item 2 da portaria.⁵⁴

O juízo da comarca de Fernandópolis possuía total apoio da população fernandopolense para a adoção da medida, inclusive recebia congratulações e pedidos, para o seguimento das operações, como se extrai do item 3, da medida.⁵⁵

No item 4 de seu texto, a portaria utiliza-se dos artigos 98, 99, 100, 101, 148 e 149, do ECA que versam sobre medidas específicas de proteção, da competência da Justiça da Infância e Juventude e da autoridade judiciária, para fundamentar a incorporação do toque no município.⁵⁶

É dever da família, da sociedade em geral e do poder público promover o melhor para as crianças e os adolescentes, assegurando-lhes a “*efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*”.⁵⁷

O item 6 da portaria considera as formas de punições, expressas em lei, nos casos em que houver negligência por parte da família, comunidade, sociedade, de modo geral, além do poder público, quando estes deixarem de cumprir as regras e princípios devidamente previstos no art. 5º do ECA:

Art. 5º nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.⁵⁸

⁵³ Item 1 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁵⁴ Item 2 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁵⁵ Item 3 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁵⁶ Item 4 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁵⁷ Item 5 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁵⁸ Item 6 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

Já o item 7 da portaria, apresenta um precedente na criação de uma medida que impõe algumas restrições ao direito de fundamental a locomoção de crianças e adolescentes em determinadas horas da noite, como observa-se no teor de seu texto:

7. Considerando que, na questão legal afeta a esta portaria, pelo precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*RMS 8563/MA*), onde, num mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão contra a Portaria 1/96, baixada pela MM Juíza de Direito da Infância e Juventude da Comarca de Imperatriz-MA, o Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (hoje, integrante do STF), decidiu que a Portaria 1/96 daquele juízo (que *proíbe a permanência de crianças e adolescentes entre 0 e 14 anos nas ruas, praças, casas de videogame, fliperama, bares, boates ou congêneres, logradouros públicos, parques de diversões, clubes e danceterias, após as 20:30 horas, salvo se acompanhados, estritamente, pelos pais ou responsável, determinando-se a condução dos menores, flagrados nessas hipóteses, ao juizado e entrega aos pais*), não encerra qualquer conteúdo teratológico, de modo a subsidiar o entendimento a esta portaria, não sendo ela ilegal, muito menos ilegítima, à vista das manifestações da sociedade, acima-mencionadas.⁵⁹

Por fim, apesar de considerar um ótimo o trabalho conjunto das polícias civil e militar juntamente com o Conselho Tutelar, em fiscalizar e executar o cumprimento da medida, considerando a melhora nos resultados quanto ao índice de criminalidade envolvendo crianças e adolescentes, o item 8 da portaria afirma que ainda é pouco, tendo em vista a inexistência de um sistema mais eficaz das operações para apreciar e fiscalizar a efetiva execução do toque de recolher. Como analisa-se em seu trecho:

8. Considerando por fim que, para a autoridade judicial que baixa esta portaria, embora ciente e convicta dos resultados concretos e efetivos, no sentido da melhora da situação das crianças e adolescentes e de suas famílias em nossa cidade e comarca, e embora ciente e convicta da consciência do dever, da presteza e da retidão das Polícias e do Conselho Tutelar, a ponto de consignar, neste procedimento formal, que o trabalho de campo desempenhado pela Polícia Militar, Polícia Civil e Conselho Tutelar é exuberante, não há, ainda, um sistema de verificação mais eficiente das operações, no sentido de se apreciar a constância e a frequência das operações policiais e do Conselho Tutelar, referente ao tema desta portaria, de modo a aferir e confirmar, à vista de todos e formalmente, o cumprimento das regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente pelas autoridades locais que tem este dever, diante da advertência em caso de negligência, prevista no Estatuto e acima referida.⁶⁰

Diante de todos esses pontos acima apresentados, o juízo da comarca de Fernandópolis, baixou esta portaria, determinando a Polícia Civil e Militar, e ao Conselho Tutelar:

⁵⁹ Item 7 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

⁶⁰ Item 8 da **Portaria 3/2009**, anexo 1.

A continuidade, a permanência e a regularidade das operações para recolhimento das crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsável, em situação de risco, principalmente durante a noite e a madrugada, respeitando-se, obviamente, no quesito organização, o comando de cada corporação e a disponibilidade do Conselho Tutelar, sem deixar de ressaltar, nesse ponto, as considerações desta portaria, especificamente, as de números 5, 6 e 8;⁶¹

Por fim, o juízo resolve:

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

Salvo nos casos acima mencionados, após o recolhimento dos menores, as autoridades encaminhará relatórios com resumo constando documentos, com as qualificações dos menores e pais, a natureza da situação de risco encontrada e as providências tomadas, para a Vara da Infância e da Juventude, que juntará os respectivos relatórios ao procedimento de inquérito judicial.⁶²

Portanto, conclui-se que, de acordo com o entendimento do Juízo da comarca de Fernandópolis, a portaria 3/2009, foi criada tão somente com o objetivo de promover a segurança das crianças e adolescentes.

A proteção integral a qual a portaria se refere está elencada do art. 3º do ECA, onde prevê:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁶³

Conforme o pensamento do Juiz Dr. Evandro Peralin:

Um dos princípios mais destacados do Estatuto da Criança e do Adolescente – que a medida do “toque” busca alcançar – é, justamente, o da “proteção integral” (artigo 3.º). A finalidade do “toque” não é proteger parcialmente o menor, apenas com a medida de proteção, mas é protegê-lo

⁶¹ Segunda parte da **Portaria 3/2009**, item 2, anexo 1.

⁶² Segunda parte da **Portaria 3/2009**, item 3, anexo 1.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

integralmente, como manda a lei, valendo-se da medida de prevenção, no caso, a recomendação de horário.⁶⁴

Isso significa dizer que o toque de recolher é uma medida que impõe uma pequena “privação” à liberdade, porém como bem defende Evandro Pelarin, tal medida faz-se necessária à proteção dos menores que estejam em situação de risco. Considerando-a não como uma sanção, mas sim como uma forma de proteger aqueles que mais precisam de cuidados.

O juízo assegura que a medida é uma forma de proteção às crianças e adolescentes e que cabe aos pais e responsáveis cuidar dos menores resguardando-os do perigo inerente e afirma que acredita que a decisão foi uma forma eficaz de diminuir a violência contra crianças e adolescentes menores de dezoito anos, onde estas, dentro dos seus lares estariam resguardadas da crueldade que atualmente o mundo oferece e afirma ainda que após a inauguração do toque, o índice de violência diminuiu consideravelmente.⁶⁵

No entanto, a legalidade da medida foi questionada, uma vez que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA aprovou parecer contrário ao toque de recolher, afirmando que a medida, diferentemente do que se apresenta, contraria diretamente o ECA e a própria CF/88, assegurando ainda que trata-se de uma medida paliativa que na verdade esconde os problemas ao invés de resolvê-los.⁶⁶

Ministério Público de São Paulo entrou com recurso para revogar o toque de recolher e em 2012, o Supremo Tribunal Federal – STF respondendo ao recurso e cassou a portaria de Fernandópolis.

O toque de recolher causou um verdadeiro tumulto, tanto nas cidades adotadas quanto no ordenamento jurídico, pois de um lado há quem acredite que a norma de fato é eficaz na proteção dos menores e de outro, há quem a considere um paliativo inconstitucional que infringe o direito a liberdade de locomoção.

⁶⁴ PELARIN, Evandro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6430>. Acesso em 04 out. 2015.

⁶⁵ PELARIN, Evandro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6430>. Acesso em 04 out. 2015.

⁶⁶ FERRAZ, Larissa Cerqueira. **O direito à liberdade e o toque de recolher**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30116/o-direito-a-liberdade-e-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 04 out. 2015.

CAPITULO III - VISÃO GERAL DO TOQUE DE RECOLHER

Após fazer o estudo dos Direitos Fundamentais, tais como sua origem e evolução histórica, dimensões, conceito atual e características no primeiro capítulo, seguindo pela análise da criação na medida, bem como sua história, finalidade e análise detalhada da portaria, no segundo capítulo, o terceiro capítulo do presente trabalho busca apresentar os pontos positivos e negativos da implantação do toque de do toque de recolher no cotidiano das crianças e adolescentes à luz do ordenamento jurídico brasileiro, além de expor posicionamentos contra e a favor do toque.

Não há um consenso formado a respeito do tema, muito pelo contrário são inúmeras as discussões acerca da problemática, visto que existem argumentos prós e contra ao toque de recolher. Porém, a grande maioria dos estudiosos reconhece a ilegalidade das portarias judiciais que permitem esta medida, tendo como principal argumento a inviolabilidade do direito fundamental à liberdade. A restrição à liberdade só poderia ocorrer nas hipóteses de lei emanada pelo Congresso Nacional, não através de uma portaria.⁶⁷

3.1 ASPECTOS POSITIVOS DO TOQUE DE RECOLHER

No Brasil, logo que foi criado o toque de recolher, várias cidades passaram a adotar a medida. Os juízes e prefeitos, assim como outras autoridades públicas, comungaram com a opinião do criador do toque de recolher, até mesmo alguns doutrinadores já se manifestaram favoravelmente ao uso da medida para menores.

Uma pesquisa realizada na cidade de Fernandópolis constatou que a maioria da população era a favor do toque e o consideraram como um recurso eficaz na proteção das crianças e dos adolescentes. Visto que partilhavam da ideia de que o período da noite é muito mais propício a situações de risco, tais como o uso de bebidas alcoólicas, substâncias ilícitas entre outros, então a forma mais eficiente de afastar os menores de tal posição de perigo é simplesmente fazendo com que estes permaneçam em suas casas.

⁶⁴ CINTI, Conceição. **Toque de recolher e proteção à vida de menores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24591>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

De acordo com o Evandro Pelarin, a criação do toque de recolher por meio de uma portaria pareceu ser a melhor forma de solucionar o problema da violência envolvendo os jovens. Partindo da mesma opinião o juiz do município de Ilha Solteira afirma:

[...] Não há dúvida de que a ausência de limites a esses jovens os coloca em grave situação de risco. A exposição a drogas ilícitas, à exploração sexual, a toda ordem, pois, de violação aos direitos da Infância e Juventude, tudo isso se observa, com nítida clareza, nos dias hodiernos. [...]⁶⁸

Assim como Conceição Cinti, esta acredita que existe poucos instrumentos de defesa aos menores, que vivem diante de um mundo que torna-se cada dia mais cruel, onde estão expostos aos mais diversos tipos de violência, como pode-se observar no trecho de seu artigo publicado na Revista Jus Navegandi:

O que mais falta às nossas crianças é um toque de dignidade e de carinho diante do índice inaceitável de violência e mortes a que são submetidas; falta também muita sensibilidade, responsabilidade por parte dos Governantes e autoridades responsáveis pelas áreas da criança e adolescentes em risco de vida, prostituição, drogadição, trabalho infantil, tráfico de pessoas etc.

"Toque de Recolher" é de fato é um dos poucos instrumentos à disposição desses Magistrados na defesa da criança e do adolescente, diante da violência reinante no país!⁶⁹

Utilizando-se de tais argumentos, os juízes de alguns municípios do Brasil, baixaram portarias que limitavam o direito à liberdade de locomoção dos menores, objetivando a garantia da segurança e da proteção integral a estes jovens.

Os que são favoráveis ao toque de recolher, como o juiz Evandro Pelarin, argumentam que:

A utilização dessa medida não implica em qualquer violação aos direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes, tendo em vista que admitem relativizações, em especial quando se trata de criança e adolescentes. Além do que, entende-se por menor aquele indivíduo que não possui discernimento completo, por isso devem ser adotadas políticas criminais e públicas sobre os menores de 18 anos.⁷⁰

⁶⁸ Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, mencionada na obra de TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 49. Disponível em: <<http://www.teclasap.com.br/curfew-qual-e-a-origem-o-significado-e-a-traducao/>> Acesso em 10 nov. 2015.

⁶⁹ CINTI, Conceição. **Toque de recolher e proteção à vida de menores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24591>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁷⁰ FERRAZ, Larissa Cerqueira. **O direito à liberdade e o toque de recolher**. Jus Navigandi, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30116/o-direito-a-liberdade-e-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 05 out. 2015.

Partindo do mesmo entendimento, o promotor da Vara da Infância e Adolescência do Distrito Federal – DF acredita que *“Essa medida protetiva visa tão somente evitar que o jovem se exponha a situações que o levem a praticar novo ato infracional e culmine com a internação, que é uma medida efetiva de recessão da liberdade”*.⁷¹

3.2 ASPECTOS NEGATIVOS DO TOQUE DE RECOLHER

Várias entidades têm se manifestado contra o toque de recolher, como é o caso do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, e a Rede Nacional de Defesa do Adolescente em conflito com a Lei – RENADE.

O CONANDA foi criado a partir da Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, é uma entidade nacional formada por representantes do governo, empregadores e trabalhadores, responsável por deliberar e fiscalizar as políticas de atenção a crianças e adolescentes, como se verifica no art. 2º da Lei 8.242/91, a competência da entidade:

Art. 2º Compete ao Conanda:

I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

III - dar apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, aos órgãos estaduais, municipais, e entidades não-governamentais para tornar efetivos os princípios, as diretrizes e os direitos estabelecidos na Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990;

IV - avaliar a política estadual e municipal e a atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais da Criança e do Adolescente;

[...] ⁷²

Já o RENADE trata-se de uma articulação nacional que visa à proteção e defesa dos direitos humanos de adolescentes. Tendo como membros: defensores dos direitos humanos, adolescentes, militantes e movimentos de familiares envolvidos na temática da justiça juvenil. Seu principal objetivo é garantir que a

⁷¹ Fonte g1.com. **Toque de recolher para menores gera polêmica e cidades brasileiras.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/04/toque-de-recolher-para-menores-gera-polemia-ca-em-cidades-brasileiras.html>> Acesso em: 09 out. 2015.

⁷² BRASIL, Lei nº 8.242/91, de 12 de outubro de 1991. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm> Acesso em 08 out. 2015.

defesa dos direitos humanos e o direito à participação de adolescentes, no âmbito da justiça juvenil sejam efetivamente cumpridos pelo estado brasileiro, como bem explicado em seu próprio site.⁷³

Por meio de um parecer (anexo 2), o CONANDA se posicionou contrário ao toque de recolher, visto que, no entendimento da presidente do CONANDA, Carmem Oliveira, o toque de recolher viola princípios constitucionais, tais como a liberdade de ir e vir, previsto na CF/88, além de artigos do ECA. A presidente afirmou ainda que a medida coloca os menores em uma situação de constrangimento quando são apreendidos.⁷⁴

Como observa-se em um dos trechos de seu parecer:

As portarias judiciais não podem contrariar princípios constitucionais e legais, como o direito à liberdade, previsto nos artigos 5 e 227 da Constituição Federal Brasileira, e nos artigos 4 e 16 do ECA - direito à liberdade, incluindo o direito de ir, vir e estar em espaços comunitários; (...) Os artigos 145 a 149 do ECA dispõem sobre as competências e as atribuições das Varas da Infância e Juventude. Os artigos citados não prevêm a restrição do direito à liberdade de crianças e adolescentes de forma genérica, e sim restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, que devem ser decididas caso a caso, de forma fundamentada, conforme o artigo 149;⁷⁵

Com base no parecer, a portaria faz com que crianças e adolescentes passem a ser tratados não como detentores de direitos, mas sim como objetos da intervenção estatal, onde tal situação de irregularidade causa um retrocesso, assim pode-se dizer, pois passa a se assemelhar com a Lei nº 6.697/79, o antigo Código de Menores revogado pelo ECA.

Utilizando de outro argumento, o CONANDA se justifica afirmando que as crianças e adolescentes não devem ficar em situação de risco e abandono em hipótese alguma, independentemente do período do dia,

Nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (arts. 98 e 101) para crianças, e adolescentes e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129);⁷⁶

⁷³ VISÃO. Disponível em: <<http://www.renade.org/pagina-visao.html>> Acesso em: 10 out. 2015.

⁷⁴ MPPR.MP. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=246>> Acesso em 08 out. 2015.

⁷⁵ Trechos extraídos do **Parecer elaborado pelo CONANDA sobre a medida Toque de Recolher**, itens 1 e 2, primeira parte do Anexo 2.

⁷⁶ Trecho extraído do **Parecer elaborado pelo CONANDA sobre a medida Toque de Recolher**, item 6, primeira parte do Anexo 2.

Além de elencar muitas razões em oposição ao toque de recolher, o CONANDA também faz algumas recomendações aos Municípios no próprio parecer, para que estes criem políticas públicas que resguardem os direitos das crianças e adolescentes, tendo em vista que o toque de recolher não é a melhor forma para solucionar o problema quanto à violência.

Que todos os municípios tenham programas com educadores sociais que possam fazer a abordagem de crianças e adolescentes que se encontrem em situações de risco, em qualquer horário do dia ou da noite, visando os encaminhamentos e atendimentos especializados previstos na Lei;
 Que todos os Municípios, Estados e União fortaleçam as redes de proteção social e o Sistema de Garantia de Direitos, incluindo Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Varas da Infância e Juventude, promotorias e delegacias especializadas;
 Que o Conselho Nacional de Justiça inclua em sua pauta de discussões o Toque de Recolher, objetivando orientar as Varas da Infância e Juventude sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento.⁷⁷

O RENADE também se posicionou contra o toque de recolher, elencando em seu manifesto inúmeras justificativas que desaprovam a implantação da medida, tais como a violação do direito a liberdade expressamente previsto no art. 227 da CF/88 que dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁷⁸

E completa defendendo que deveriam existir políticas de prevenção da violência. E não simplesmente privar as crianças e adolescentes dos seus direitos.⁷⁹

A temática em questão é bastante polêmica, pois traz em seu bojo a privação do direito à liberdade, garantido pela Constituição.

Por entender que não é dessa forma que se conseguirá solucionar os problemas da delinquência juvenil e da exposição a que esses menores estão sujeitos o professor Leandro Gornicki Nunes afirma que a medida não pode ser admitida em uma sociedade democrática, como se pode exprimir do trecho abaixo:

⁷⁷ Trechos extraídos do **Parecer elaborado pelo CONANDA sobre a medida Toque de Recolher**, itens 1, 2 e 3, segunda parte do Anexo 2.

⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁷⁹ TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 47. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/96/3/20403203.pdf>> Acesso em: 05 out. 2015.

Ainda que estivéssemos vivendo problemas mais sérios no campo da segurança pública, tal recurso é inconcebível numa democracia. A juventude deve ter liberdade para, dessa forma, transformar-se numa população de adultos conscientes da importância de respeitar a liberdade alheia, ao invés de procurar a solução dos problemas de segurança pública implantando normas violadoras da Constituição da República.⁸⁰

Segundo Kenarik Boujikian, em seu artigo publicado no site do sindicato dos advogados do Estado de São Paulo, no próprio título de sua obra, faz uma crítica à medida, “Toque de recolher, juventude ou gado?”. Para o autor, essa não é a melhor forma de resolver o problema da violência juvenil no nosso país, afirmando que no ordenamento jurídico já existem normas de proteção aos direitos dos menores, o que falta é a lei seja aplicada nesse sentido, de forma plena eficaz.

Não podemos seguir o caminho de criminalização da juventude. Sabemos quem serão os mais atingidos. Temos uma gigantesca normativa de proteção de direitos humanos, seja no âmbito internacional e nacional (especialmente a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente). Já não passou da hora do Estado cumprir as suas obrigações com suas crianças e adolescentes?

Liberdade é o componente necessário para que os seres humanos desfrutem da condição humana. Se queremos jovens que assumam a vida deste país não podemos deixar de vê-los, como são: sujeitos de direitos, dotados de todos os direitos e fundamentais e não objeto de intervenção do estado.⁸¹

Apesar de várias pessoas considerarem a medida eficiente no combate ao crime e a violência, e no resguardo à proteção das crianças e adolescentes, o entendimento da jurisprudência pátria enxerga na medida, uma violação aos direitos fundamentais e um atentado contra a dignidade da pessoa humana.

3.3 O TOQUE DE RECOLHER À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A temática em questão vai além dos ditames do Direito Constitucional, apesar de estarmos abordando a colisão entre dois direitos fundamentais, tais como a liberdade de locomoção e a segurança das crianças e adolescentes, vejamos a forte

⁸⁰ NUNES, Leandro Gornicki. **Toque de recolher**. Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/42/toque-de-recolher/>> Acesso em 06 out. 2015.

⁸¹ KENARIK Boujikian. **TOQUE DE RECOLHER JUVENTUDE OU GADO**. Disponível em: <<http://www.sasp.org.br/convenios/210-kenarik-boujikian-toque-de-recolher-juventude-ou-gado.html>> Acesso em out. 2015.

influência que a Lei nº 8.069/90 exerce sobre o tema, sem deixar de mencionar o Código Civil, quando se refere a questões do pátrio poder.

3.3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O TOQUE DE RECOLHER PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A CF/88 traz elencado em seu artigo 5º os direitos fundamentais, tais como a vida, saúde, igualdade, segurança, liberdade, inerentes a todo e qualquer cidadão brasileiro, garantias essenciais e imprescindíveis que a Constituição oferece.⁸²

No ápice da pirâmide normativa, ou seja, superior a todas as outras, a Constituição serve de alicerce na construção dos demais regulamentos. Isso significa que todas as leis e normas devem estar em conformidade com seus princípios, pois serve de pilar e fonte principal do direito brasileiro, sendo todas as normas, portanto, vinculadas a ela.

Dessa forma, considera-se inconstitucional tudo aquilo que estiver em desacordo com seu texto de lei. Dá-se o nome de Constitucionalização do direito, onde a norma maior e seus princípios servem de referência sobre qualquer questão.

Sendo assim, conforme o princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de modo que a lei maior esteja sendo eficaz e plena.⁸³

O artigo 5º, inciso XV, da CF/88 prevê: “*É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”, ou seja, a liberdade de locomoção é assegurada na própria Constituição, mãe de todas as normas e pilar do ordenamento jurídico.⁸⁴

Igualmente, a Lei nº 8.069/90 também versa sobre o direito fundamental à liberdade em seu artigo 15 “*A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e*

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Sendo Federal, 1988.

⁸³ COELHO, Bruna Fernandes. **O princípio da força normativa da constituição e a máxima efetividade das normas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31982&seo=1>>. Acesso em: 09 out 2015

⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Sendo Federal, 1988.

como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.⁸⁵

A problemática em torno do toque de recolher gira em torno de dois direitos fundamentais, a segurança e a liberdade das crianças e dos adolescentes. A grande maioria dos juristas acredita que medida é inconstitucional e afirmam que, partindo da própria essência, o toque de recolher já surge no ordenamento jurídico como uma norma inconstitucional, visto que nenhum regulamento pode ir de encontro aos princípios garantidos pela Constituição, nesse sentido, referindo-se a liberdade. Ou seja, tal princípio não pode ser negado aos menores, pois a Constituição apenas admite que novas garantias sejam implementadas, não retiradas.⁸⁶

O CONANDA, principal órgão do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, como já dito anteriormente se posicionou contra o toque de recolher partindo da ideia de que portarias judiciais não podem entrar em contradição aos princípios previstos na constituição, uma vez que, acredita que a medida viola toda a doutrina do direito. Como dispõe o CONANDA:

Que todos os municípios tenham programas com educadores sociais que possam fazer a abordagem de crianças e adolescentes que se encontrem em situações de risco, em qualquer horário do dia ou da noite, visando os encaminhamentos e atendimentos especializados previstos na Lei;
Que o Conselho Nacional de Justiça inclua em sua pauta de discussões o Toque de Recolher, objetivando orientar as Varas da Infância e Juventude sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento.⁸⁷

Considerando o artigo 227, parágrafo 3º, inciso V da CF/88 estabelece *“obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”*.⁸⁸ Isso significa dizer que o toque de recolher é uma medida que impõe uma pequena “privação” à liberdade, porém necessária à proteção dos menores que estejam em situação de risco, como citado anteriormente.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

⁸⁶ FERRAZ, Larissa Cerqueira. **O direito à liberdade e o toque de recolher**. Jus Navegandi. 2014. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/30116/o-direito-a-liberdade-e-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 09 out. 2015.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Sendo Federal, 1988.

3.3.2 CABE AO PODER JUDICIÁRIO CRIAR E EXECUTAR LEIS?

De acordo com o entendimento do CNJ, a portaria do toque de recolher é ilegal, visto que o poder judiciário não tem competência para legislar, ou seja, para criar ou editar normas com força de lei, mesmo que o art. 149 do ECA estabeleça que os juízes possuem poder para disciplinar a entrada e/ou permanência dos jovens em locais públicos como estádios, espetáculos, teatros, bailes, entre outros, o § 2º limita tal poder, como observa-se, *“As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral”*.⁸⁹

De acordo com o professor Luiz Flávio Gomes:

A medida ultrapassa os limites dos poderes normativos do ECA. Os juízes não possuem competência legislativa. As portarias, de acordo com o STJ, extrapolam os poderes dos juízes, que passaram a “legislar”. Por mais bem intencionadas que sejam as medidas, por mais que resultados positivos estejam ocorrendo, a questão é que o juiz não pode invadir o terreno do legislador.⁹⁰

Isso significa dizer que os magistrados não tem autoridade para elaborar portarias de caráter geral, devem estudar caso a caso, especificadamente e assim tomar às providências cabíveis dadas as circunstâncias.

Partilhando do mesmo pensamento, o Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Murillo José Digiácomo afirma:

Sem incursionar mais profundamente nas origens “históricas” das portarias judiciais, para fins da presente exposição entendemos suficiente mencionar que, sob a égide do famigerado Código de Menores, o Juiz da Infância e Juventude (então chamado de “Juiz de Menores”) possuía um “poder regulamentador” bastante amplo, que lhe permitia, a seu “prudente arbítrio”, fazer as vezes de verdadeiro legislador, “suprindo lacunas” e “adaptando” a lei àquilo que entendia mais adequado à realidade local. Com efeito, dizia o art. 8º da Lei nº 6.697/79 que *“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”* (verbis).

⁸⁹ Portal do Ministério Público do Paraná. **CJN suspende toque de recolher em Patos de Minas (MG)**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=68>> Acesso em: 10 out. 2015.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Juiz não pode impor toque de recolher para menores**. Consultor Jurídico, 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-15/coluna-1gf-juiz-nao-impor-toque-recolher-menores>> Acesso em: 10 out. 2015.

Usando desse permissivo legal, a autoridade judiciária expedia portarias sobre os mais variados temas, não raro mais voltados à restrição do que ao asseguramento de direitos de crianças e adolescentes.⁹¹

Porém, o Código de Menores foi revogado e a Lei 8.069/90, passou a limitar a atuação dos magistrados evitando abusos de poder, em relação aos direitos das crianças e adolescentes. Onde os jovens a partir daí tornaram-se detentores de tais direitos. E dessa forma, com a existência de um limite no exercício da Jurisdição, se a lei não proíbe, não pode o intérprete sobre uma falsa premissa de conteúdo moralizador criar regras que extirpam direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, partindo dessa premissa, Vick Alantzakis afirma:

Mesmo que haja um clamor social, não é papel da jurisdição exceder os limites compatíveis com a delegação dada pelo Constituinte Originário no desempenho de suas funções. Neste passo a interpretação extensiva restritiva de direitos e garantias fundamentais não pode encontrar guarida. Não há interpretação possível para isso.⁹²

3.3.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

*“Art. 379 do C.C. - Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.*⁹³

Partindo desta frase, observa-se que o CC/02, assim como a CF/88, estabelecem que o pai e a mãe, em conjunto, são titulares do poder familiar, cabendo a ambos a responsabilidade na criação, guarda e educação dos filhos.⁹⁴

O termo pátrio poder já não é mais utilizado nos dias de hoje, pois tal nomenclatura faz referência a figura patriarcal, uma vez que, no passado, cabia ao homem o posto de chefe da família e apenas ele tomava as decisões no âmbito familiar.⁹⁵

⁹¹ Portal do Ministério Público do Paraná. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e as portarias judiciais**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=258>> Acesso em: 10 out. 2015.

⁹² ALANTZAKIS, Vick. **Judiciário como legislador: estudo de caso das portarias “toque de recolher”**. Jus Navegandi, 2013. Disponível em:< <http://jus.com.br/artigos/23396/judiciario-como-legislador-estudo-de-caso-das-portarias-toque-de-recolher/3>> Acesso em: 12 out. 2015.

⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Art. 379

⁹⁴ SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. **Pátrio poder ou poder familiar**. Disponível em < <http://www.clubedobebe.com.br/palavra%20dos%20especialistas/df-12-04.htm>> Acesso em: 23 mai. 2016.

⁹⁵ Fonte. É bom saber. **Pátrio poder x poder familiar**. Direito de Família. JurisWay. Disponível em: < www.jurisway.org.br/v2/drops1.asp?iddrops=86> Acesso em: 23 mai. 2016.

Porém, no decorrer do trabalho, será observado que alguns autores, com Silvio Venosa, trata os termos pátrio poder e poder familiar como sinônimos, quando conceitua pátrio poder como “*o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens*”.⁹⁶

No mesmo sentido João Andrades Carvalho conceitua pátrio poder como “*o conjunto de atribuições aos pais cometidos, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais*”.⁹⁷ Nesse sentido, o pátrio poder está relacionado ao exercício do poder de família quanto aos filhos, onde cabe ao casal, entre outras coisas, a responsabilidade de criar, educar, guardar, manter e representar os menores.

Quanto as suas características, o poder familiar é indisponível, ou seja, os pais não podem dispor dos seus direitos e deveres em relação aos filhos, mesmo que por iniciativa dos titulares. É irrenunciável, não podendo, pois, ser renunciado, tendo em vista a condição existencial entre pais e filhos. É imprescritível, uma vez que não pode ser prescrito pelo desuso, apenas em casos expressos em lei, e ainda é incompatível com a tutela, isso significa dizer que nenhum tutor pode ser nomeado para o exercício do pátrio poder sem que dos pais tenham sido suspensos ou destituídos do poder de família.⁹⁸

Quanto à titularidade o poder familiar é atribuído a ambos os pais, em igualdade de condições, como previsto no art. 1.631 do CC/02:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.⁹⁹

Embora tenha sofrido algumas críticas no que se refere ao poder de família vinculado ao casamento ou a união estável, passamos a entender o pátrio poder independentemente da origem do nascimento, está relacionado ao reconhecimento dos filhos menores, quanto aos seus genitores.¹⁰⁰

⁹⁶ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336.

⁹⁷ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 175.

⁹⁸ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 342-344.

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 400.

Partindo da mesma premissa o art. 21 do ECA estabelece:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária competente para a solução da vigência.¹⁰¹

Isso significa dizer que o poder familiar decorre basicamente da paternidade e da filiação, tendo em vista que a ideia de pátrio poder ser proveniente do casamento está ultrapassada, não podendo mais ser considerada nos dias de hoje.

O art. 1.634 do CC/02 estabelece o poder familiar quanto à pessoa dos filhos, observa-se:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.¹⁰²

Entre todos estes deveres acima elencados, vários são os deveres do poder de família, é de extrema importância que os pais tenham a companhia de seus filhos, dirigindo-lhe a criação e educação. Tais deveres são impostos aos pais, mesmo que separados. Quando houver a separação, será estabelecida a um dos cônjuges a guarda limitando ao outro a sua companhia, tendo assim, somente direito de visitas.¹⁰³ Porém, atualmente a jurisprudência vem adotando o critério de guarda compartilhada.

De todas as atribuições impostas aos pais através dos incisos do art. 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil – CC/02 entende-se que a incumbência de criar e educar os filhos são as mais importantes, pois são imprescindíveis para definir o futuro destes.

A palavra “criar” em sentido amplo é posta no significado de cultivar, educar, fazer crescer e promover o crescimento dos filhos. Já em sentido jurídico, o dever de criar implica em assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais à pessoa

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

¹⁰² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002, art. 1.589.

humana, garantindo-lhes o bem-estar físico, incluindo uma boa alimentação, cuidados com a saúde, tudo que for necessário para sua sobrevivência.¹⁰⁴

Leonardo Castro acredita que:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.¹⁰⁵

Como visto no capítulo anterior, para a criação do toque de recolher, o juiz Evandro Pelarin, faz referência ao artigo 21, do ECA, como anteriormente mencionado, onde prevê que o "*pátrio poder será exercido pelo pai e pela mãe na forma do que dispuser a legislação civil*". Isso significa que se deve buscar no CC/02 as principais regras e deveres que obrigam os pais a cuidarem de seus filhos, protegendo-os do perigo inerente e resguardando-os de qualquer tipo de violência, exercendo assim o pátrio poder, ou poder familiar.¹⁰⁶

No que se refere à regra específica de não deixar os filhos nas ruas, sem qualquer fixação de limites, o CC/02, em seu artigo 1.634, prevê "*compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores*", entre outros deveres, tê-los em sua guarda e companhia, bem como "*exigir dos filhos que lhes prestem obediência, respeito*".¹⁰⁷

O artigo 1.630, do CC/02, estabelece "*os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores*" e a CF/88, no art. 229, dispõe que os "*pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*", o pátrio poder, aqui tem características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos. Exercer o pátrio poder, portanto, é desempenhar deveres.¹⁰⁸

Diante de tudo que já estudado, verifica-se que as crianças além de terem seus direitos amparados em um estatuto próprio, o CC/02 também impõe aos pais o dever de proteger integralmente os filhos, resguardando-lhes de todo o perigo, além de assegurar para que estes tenham uma vida segura e digna.

¹⁰⁴ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 98.

¹⁰⁵ CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10696>>. Acesso em: 22 out. 2015.

¹⁰⁶ PELARIN, Evandro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6430>. Acesso em 05 out. 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de toda a polêmica envolvida na temática, entende-se que a restrição do direito à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes não é a melhor forma de solucionar o problema no que diz respeito à violência juvenil.

É certo que o Juiz Evandro Pelarin teve boas intenções no momento da criação da medida, uma vez que este objetivava a diminuição do índice de criminalidade envolvendo crianças e adolescentes no município, devido à intensa pressão que a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fernandópolis sofria, pois a população clamava por providências no que se refere à segurança dos menores.

Partindo dessa premissa, o Juízo formalizou a decisão por meio da portaria 3/2009, mais conhecida como toque de recolher. Sendo rapidamente adotada em outras cidades brasileiras.

Ao analisar a portaria, observa-se que de um lado está a segurança e proteção integral, e de outro a liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes. Diante desse embate entre direitos expressamente previstos na Constituição, entende-se que a melhor forma de solucionar este conflito, é através da ponderação.

Princípios possuem caráter da relatividade, ou seja, é possível em casos de colisão entre eles, que haja a ponderação e assim decide-se pela aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto. No tema em questão não resta dúvidas de que o direito a liberdade de locomoção se sobressai sobre a segurança, pois diante da análise do problema, o toque de recolher pode causar um retrocesso na lei brasileira que durante anos lutou pela liberdade de cada indivíduo.

Sendo um direito de primeira geração, o direito fundamental à liberdade de locomoção, trata-se de um dos direitos fundamentais mais importantes previstos na Constituição e não pode ser restringido, salvo nas hipóteses dos arts. 136 e 137 que estabelecem as únicas possibilidades de restrição de direitos fundamentais, sendo: no estado de defesa e no estado de sítio, ou seja, em situações excepcionais serão justificadas decisões que limitem o direito a liberdade de locomoção para garantir a estabilidade Constitucional do Estado brasileiro.

Outro ponto importante a ser mencionado refere-se à incompetência do Poder Judiciário em criar e executar normas com força de caráter geral, como no caso do toque de recolher. Isso significa dizer que os magistrados não tem autoridade para elaborar portarias desta natureza, ou seja, devem examinar cada caso especificadamente antes de tomar as providências cabíveis. Diante da portaria 3/2009, o juiz extrapolou os limites de seu poder e passou a invadir o campo do legislador, isso fez com que o toque de recolher fosse considerado então, ilegal.

O presente trabalho tem como objetivo esclarecer que o toque de recolher, além de privar crianças e adolescentes do seu direito fundamental à liberdade de locomoção, restringem os jovens de frequentar lugares públicos em determinadas horas da noite. A medida sujeita os menores ao constrangimento, humilhação e vexame.

Crianças e adolescentes não são objetos de intervenção do Estado, devem ser protegidos e amparados por ele.

O CC/2002 estabelece que é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos, exigindo-lhes respeito e obediência, isso significa dizer que os filhos estão sujeitos ao pátrio poder enquanto menores. No entanto, iniciativas como o toque de recolher minimizam a autoridade da família no desempenho da função dos pais em cuidar e educar os filhos, não cabendo então ao Estado à responsabilidade de interferir no que se refere aos ensinamentos éticos, morais e de socialização dos menores enquanto estiverem sob a proteção de seus responsáveis.

Salvo nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio, um menor de idade só poderia ser recolhido, nos casos de prisão em flagrante delito, ou seja, excepcionalmente e não como se apresenta na portaria.

De acordo com o princípio da legalidade que prevê que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a portaria 3/2009 é passível de ação inconstitucional, tendo em vista que decorre de uma decisão judicial considerada ilegal que não tem força de lei.

É certo que o índice de criminalidade diminuiu consideravelmente nas cidades que adotaram o toque de recolher, porém a medida nada mais é que uma forma de mascarar a ineficácia do poder público no que diz respeito à segurança das crianças e dos adolescentes.

Outras formas de proteção podem ser empregadas sem infringir os direitos fundamentais dos jovens, como por exemplo, as políticas públicas de prevenção à

violência infantil, que são meios muito mais eficazes, se de fato efetivados, iriam suprir a necessidade da existência do toque de recolher.

Ao invés de privar a liberdade dos jovens, o Estado deve punir estabelecimentos que vendem bebidas alcóolicas para menores, e impedir a entrada de adolescentes em boates, casas noturnas, onde estes estão vulneráveis e expostos a vários tipos de drogas, prostituição e outras formas de violência.

Cabe ao Estado o papel de fiscalizar e multar os estabelecimentos comerciais que descumprem o Estatuto da Criança e do Adolescente ao vender bebidas alcóolicas para menores de 18 anos ou permitirem sua permanência nestas casas, em vez de restringir a liberdade de crianças e adolescentes. O toque de recolher se apresenta como uma forma paliativa para solução do problema.

O que se observa é a falta incentivo para que as crianças e adolescentes participem de atividades esportivas, culturais, entre outras. São medidas que podem ajudar a afastar os menores do mundo da criminalidade e da violência sem deixarem de exercer seu direito fundamental à liberdade, posto que o convívio social é muito importante para aqueles que estão na fase da construção e desenvolvimento do caráter.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALANTZAKIS, Vick. **Judiciário como legislador: estudo de caso das portarias “toque de recolher”**. Jus Navegandi, 2013. Disponível em:<
<http://jus.com.br/artigos/23396/judiciario-como-legislador-estudo-de-caso-das-portarias-toque-de-recolher/3>>. Acesso em: out. 2015.

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos sociais e concretização judicial: Limites e possibilidades**. 1 ed. Recife: Nossa Livraria, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

BRASIL. Lei nº 8.242/91, de 12 de outubro de 1991. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA**.

BRENER, Jayme. **A Segunda Guerra Mundial: o planeta em chamas**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10696>>. Acesso em: 22 out. 2015.

CINTI, Conceição. **Toque de recolher e proteção à vida de menores**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24591>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CLARINDO, Aniérgela Sampaio. **O toque de recolher e o direito infanto-juvenil**. Revista Jus Navigandi. Teresina, 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18620>>. Acesso em: 07 out. 2015.

COÊLHO, Bruna Fernandes. **O princípio da força normativa da constituição e a máxima efetividade das normas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31982&seo=1>>. Acesso em: out. 2015.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: set. 2015.

Fundação Telefônica Promenino. **Sobre o toque de recolher**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://promenino.org.br/servicos/biblioteca/sobre-o-toque-de-recolher>>. Acesso em 07 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Juiz não pode impor toque de recolher para menores**. Consultor Jurídico, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-15/coluna-igf-juiz-nao-impor-toque-recolher-menores>> Acesso em: out 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAFRA, Francisco. **Direitos e Garantias Fundamentais: um conceito**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=798>. Acesso em: 13 set. 2015.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Leandro Gornicki. **Toque de recolher**. Revista Eletrônica OAB Joinville, Joinville, Ed. 1, Vol. 1, Jul./Dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/42/toque-de-recolher/>> Acesso em: out. 2015.

Portal do Ministério Público do Paraná. **CJN suspende toque de recolher em Patos de Minas (MG)**. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=68>> Acesso em: 05 nov. 2015.

RINDLISBACHER, Samuel. **A lei mosaica e seu significado atual**. Chamada, 2015. Disponível em: <<http://www.chamada.com.br/mensagens/lei.html>> Acesso em: set, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revistaartigosleitura&artigoid=5414>>. Acesso em: 12 set. 2015.

TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 11. Disponível em: <<http://www.teclasa.com.br/curfew-qual-e-a-origem-o-significado-e-a-traducao/>> Acesso em: 07 out. 2015.

Trecho da medida vigente em Ilha Solteira e Itapura, prolatada pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, mencionada na obra de TAVARES João Carlos Ribeiro. **Toque de recolher para crianças e adolescentes à luz da legislação brasileira**. Repositório Uniceub. Brasília, 2010. p. 49. Disponível em: <<http://www.teclasa.com.br/curfew-qual-e-a-origem-o-significado-e-a-traducao/>>. Acesso em: out. 2015.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.

ANEXOS

ANEXO 1

“PORTARIA 3/2009

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

1. Considerando a constância ainda presente de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pelas cidades da comarca, especificamente, daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, desacompanhados dos pais ou responsável, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição e vandalismos;
2. Considerando as várias operações conjuntas, anteriores, realizadas nesta cidade, desde agosto de 2005, com o Ministério Público, as Polícias Civil e Militar, o Conselho Tutelar e a OAB, para recolhimento das ruas de menores em situações de risco, cujos procedimentos formais estão à disposição de qualquer um, para acesso, no cartório da Infância e da Juventude;
3. Considerando os precedentes do número anterior desta portaria, que a sociedade, de modo geral, envia congratulações, além das moções de apoio dos Poderes Públicos Municipais e de entidades organizadas, a todas as autoridades incumbidas do trabalho, e até pedidos, diretamente a este juízo, para continuidade das operações, o que mostra a legitimidade do trabalho desenvolvido por todos;
4. Considerando o disposto nos arts. 98, 99 a 101, 148 e 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos princípios gerais e fundamentais do Estatuto, como o da proteção integral, que determina, para a garantia *de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*, quanto aos menores de 18 anos, *a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*, a adoção de medidas previstas por lei ou por outros meios;
5. Considerando, nos termos anteriores, o princípio estatutário da prioridade absoluta, que determina à família, à comunidade, à sociedade em geral e, também, ao poder público, a *efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*;

6. Considerando, nos termos dos dois números anteriores, que o Estatuto da Criança e do Adolescente adverte a todos, família, comunidade, sociedade em geral e, também, poder público, que, haverá punição, na forma da lei, em casos, igualmente, de negligência daqueles que não cumprem as regras e os princípios estatutários, como os acima expostos, incluindo, repita-se, o poder público, pois *nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais* (art. 5.º);

7. Considerando que, na questão legal afeta a esta portaria, pelo precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RMS 8563/MA), onde, num mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão contra a Portaria 1/96, baixada pela MM Juíza de Direito da Infância e Juventude da Comarca de Imperatriz-MA, o Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (hoje, integrante do STF), decidiu que a Portaria 1/96 daquele juízo (que *proíbe a permanência de crianças e adolescentes entre 0 e 14 anos nas ruas, praças, casas de videogame, fliperama, bares, boates ou congêneres, logradouros públicos, parques de diversões, clubes e danceterias, após as 20:30 horas, salvo se acompanhados, estritamente, pelos pais ou responsável, determinando-se a condução dos menores, flagrados nessas hipóteses, ao juizado e entrega aos pais*), não encerra qualquer conteúdo teratológico, de modo a subsidiar o entendimento a esta portaria, não sendo ela ilegal, muito menos ilegítima, à vista das manifestações da sociedade, acima-mencionadas;

8. Considerando por fim que, para a autoridade judicial que baixa esta portaria, embora ciente e convicta dos resultados concretos e efetivos, no sentido da melhora da situação das crianças e adolescentes e de suas famílias em nossa cidade e comarca, e embora ciente e convicta da consciência do dever, da presteza e da retidão das Polícias e do Conselho Tutelar, a ponto de consignar, neste procedimento formal, que o trabalho de campo desempenhado pela Polícia Militar, Polícia Civil e Conselho Tutelar é exuberante, não há, ainda, um sistema de verificação mais eficiente das operações, no sentido de se apreciar a constância e a frequência das operações policiais e do Conselho Tutelar, referente ao tema desta portaria, de modo a aferir e confirmar, à vista de todos e formalmente, o cumprimento das regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente pelas

autoridades locais que tem este dever, diante da advertência em caso de negligência, prevista no Estatuto e acima referida;

R E S O L V E:

1. Baixar esta portaria, autuando-a no registro próprio, e instaurar procedimento de inquérito judicial, nos termos do art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com autuação e registros próprios;
2. Encaminhar cópias desta Portaria para a Polícia Militar, para a Polícia Civil e para o Conselho Tutelar, determinando, conforme as considerações que fundamentam este ato judicial, a continuidade, a permanência e a regularidade das operações para recolhimento das crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsável, em situação de risco, principalmente durante a noite e a madrugada, respeitando-se, obviamente, no quesito organização, o comando de cada corporação e a disponibilidade do Conselho Tutelar, sem deixar de ressaltar, nesse ponto, as considerações desta portaria, especificamente, as de números 5, 6 e 8;
3. Determinar às mesmas autoridades anteriores a remessa de relatórios resumidos, com documentos, se necessários, com as qualificações dos menores e pais, a natureza da situação de risco encontrada e as providências tomadas, para a Vara da Infância e da Juventude, que juntará os respectivos relatórios ao procedimento de inquérito judicial;
4. Salvo hipóteses de ato infracional ou flagrante de qualquer crime cometido contra crianças e adolescentes, cuja atribuição investigativa e a tomada de providências iniciais são exclusivas, primeiramente, da Polícia Judiciária, ou do Ministério Público, determina-se a adoção, pelas autoridades mencionadas, caso a caso de situações de risco, das providências previstas em lei, como as do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sugerindo, como regra geral e subsidiária a todos os casos encontrados, mas não substitutivas das medidas adequadas, aquelas previstas nos incisos I e II do referido artigo, devendo-se encaminhar, para o inquérito judicial, cópia do termo de responsabilidade assinado pelos pais;
5. Para segurança e transparência das operações, sugere-se, mas não obrigatoriamente, que elas sejam realizadas, quando organizadas pelas polícias, com a presença de pelo menos um conselheiro tutelar; ficando autorizada a

utilização das dependências das Delegacias de Polícia da cidade e da comarca e das sedes dos Conselhos Tutelares como locais para que os pais sejam intimados, por qualquer meio, durante qualquer hora do dia e da noite, a buscar seus filhos e sejam advertidos, formalmente, nos termos do art. 101, II, da situação de risco encontrada, quando da aplicação da medida de proteção prevista no art. 101, I, do ECA, aqui consignada como regra geral;

6. Além das autoridades já mencionadas, nas providências acima determinadas, encaminhem-se cópias desta Portaria para conhecimento, recebimento de sugestões, qualquer objeção ou para o recebimento dos recursos previstos em lei, ao Ministério Público, à Presidente da Subseção local da Ordem dos Advogados do Brasil, às Câmaras de Vereadores da Comarca, aos Prefeitos Municipais, ao Juiz de Direito Diretor do Fórum, ao Delegado Seccional de Polícia, ao Tenente Coronel Comandante da Polícia Militar, aos Conselhos Tutelares da comarca, em que todas as autoridades podem, obviamente, a critério de cada uma, convocar seus pares ou a comunidade para o debate democrático das questões aqui tratadas;

7. Nos termos do art. 153 do ECA, de todos os atos deste procedimento, público e transparente, ciência ao Ministério Público.

Fernandópolis, 23 de março de 2009. Evandro Pelarin - Juiz de Direito”.

ANEXO 2

**CONANDA SE POSICIONA CONTRA TOQUE DE RECOLHER**

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), principal órgão nacional do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no uso de suas atribuições legais de deliberar e fiscalizar as políticas nacionais para a infância e juventude- reunido em sua 175ª Assembléia Ordinária, aprova o presente **parecer contrário** ao procedimento denominado Toque de Recolher - proibição de circulação de crianças e adolescentes nas ruas no período noturno-, adotado em algumas cidades do País, por meio de portarias de Juízes da Infância e Juventude.

- 1) As portarias judiciais não podem contrariar princípios constitucionais e legais, como o direito à liberdade, previsto nos artigos 5 e 227 da Constituição Federal Brasileira, e nos artigos 4 e 16 do ECA - direito à liberdade, incluindo o direito de ir, vir e estar em espaços comunitários;
- 2) Os artigos 145 a 149 do ECA dispõem sobre as competências e as atribuições das Varas da Infância e Juventude. Os artigos citados não prevêm a restrição do direito à liberdade de crianças e adolescentes de forma genérica, e sim restrições de entrada e permanência em certos locais e estabelecimentos, que devem ser decididas caso a caso, de forma fundamentada, conforme o artigo 149;
- 3) O procedimento contraria a Doutrina da Proteção Integral, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em vigor no Brasil por meio da Lei 8.069 de 1990 (ECA) e a própria Constituição Federal Brasileira, tendo em vista a violação do direito à liberdade. A apreensão de crianças e adolescentes está em desconformidade com os requisitos legais por submeter crianças e adolescentes a constrangimento, vexame e humilhação (arts. 5 e

227 da CF e arts. 4, 15, 16, 106, 230 e 232 do ECA). Volta-se a época em que crianças e adolescentes eram tratados como “objetos de intervenção do estado” e não como “sujeitos de direitos”. A medida significa um retrocesso, tendo em vista que nos remete à Doutrina da Situação Irregular do revogado Código de Menores e a procedimentos abusivos como a “Carrocinha de Menores” e outras atuações meramente repressivas executadas por Comissariados e Juizados de Menores;

4) Em muitos casos, a atuação dos órgãos envolvidos no Toque de Recolher denota caráter de limpeza social, perseguição e criminalização de crianças e adolescentes, sob o viés da suposta proteção;

5) Não se verifica o mesmo empenho das autoridades envolvidas na decretação da medida aludida em suscitar a responsabilidade da Família, do Estado e da Sociedade em garantir os direitos da criança e do adolescente, conforme dispõe o ECA. Inclusive, a própria legislação brasileira já prevê a responsabilização de pais que não cumprem seus deveres, assim como dos agentes públicos e da própria sociedade em geral. No mesmo sentido, por que as autoridades envolvidas no Toque de Recolher não buscam punir os comerciantes que fornecem bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes ou que franqueiam a entrada de adolescentes em casas noturnas ou de jogos, ou qualquer adulto que explore crianças e adolescentes?

6) Nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (arts. 98 e 101) para crianças, e adolescentes e medidas pertinentes aos pais ou responsáveis (art. 129);

7) Os Conselhos Tutelares são órgãos de proteção e defesa de direitos de crianças e adolescentes (arts. 131 a 136 do ECA) e não de repressão ou punição. O Fórum Colegiado Nacional dos Conselhos Tutelares já se manifestou contrariamente ao Toque de Recolher;

8) A polícia não deve ser empregada em ações visando o recolhimento de crianças e adolescentes. Nesse sentido, o Estatuto e a normativa construída

nos últimos 19 anos prevêem a necessidade de programas de acolhimento com educadores sociais que façam a abordagem de crianças e adolescentes que se encontrem em situação de rua e/ou de risco. Muitas vezes, os abusos sofridos nas próprias casas geram a ida de crianças e adolescentes para as ruas. Nesses casos, a solução também não é o toque de recolher. O adequado é a atuação dos órgãos e programas de proteção, acolhimento e atendimento às crianças, aos adolescentes e às famílias. Devemos destacar que, diante de situações de risco em que se encontrem crianças e adolescentes, qualquer pessoa da sociedade pode e deve acionar os programas de proteção e/ou os Conselhos Tutelares, assim como todos da sociedade têm o dever de agir, conforme suas possibilidades, visando prevenir ou erradicar as denominadas situações de risco;

9) O procedimento do Toque de Recolher contraria o direito à convivência familiar e comunitária, restringindo direitos também de adolescentes que, por exemplo, estudam à noite, frequentam clubes, cursos, casas de amigos e comunitárias;

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

Nesses termos, o Conanda recomenda:

1) Que todos os municípios tenham programas com educadores sociais que possam fazer a abordagem de crianças e adolescentes que se encontrem em situações de risco, em qualquer horário do dia ou da noite, visando os encaminhamentos e atendimentos especializados previstos na Lei;

2) Que todos os Municípios, Estados e União fortaleçam as redes de proteção social e o Sistema de Garantia de Direitos, incluindo Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Varas da Infância e Juventude, promotorias e delegacias especializadas;

3) Que o Conselho Nacional de Justiça inclua em sua pauta de discussões o Toque de Recolher, objetivando orientar as Varas da Infância e Juventude sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento.

Brasília, 18 de junho de 2009

Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente