

TOQUE DE RECOLHER: REFLEXÕES ACERCA DE SUA UTILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

CURFEW: REFLECTIONS ON YOUR UTILITY AND CONSTITUTIONALITY

*Maurício Gonçalves SALIBA**
*Vladimir BREGA FILHO***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As cidades e as ruas. 3 A situação dos “meninos de rua” no Brasil atual. 4 O toque de recolher e a análise de sua constitucionalidade. 5 Alternativas. 6 Conclusões. Referências Bibliográficas

RESUMO: O artigo pretende analisar aquilo que vem sendo chamado como sendo “toque de recolher” e utilizado em várias cidades como instrumento para a prevenção da criminalidade envolvendo adolescentes. Para tanto, inicia pelo estudo da história das cidades e das ruas, passando pela análise da situação dos meninos de rua no Brasil. Feito isso, analisa a constitucionalidade da medida, especialmente sob a ótica da proibição do excesso, concluindo que o toque de recolher constitui medida arbitrária, cerceadora de direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mostrando-se flagrantemente inconstitucional e encontrando-se em confronto com o princípio da proibição do excesso. Por fim, aponta como alternativas para o controle da criminalidade o acompanhamento, orientação e controle dos adolescentes em situação de risco e em conflito com a lei, assim como seus familiares, bem como o fortalecimento da família por meio de acompanhamento sistemático dos menores em conflito, com a criação de programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente.

ABSTRACT: The article aims to examine what has been called as “curfew” and used in several cities as a tool for crime prevention involving teenagers. To do so, start by studying the history of cities and streets, through the analysis of the situation of street children in Brazil. That done, examines the constitutionality of the measure, especially from the perspective of the prohibition of excessive, concluding that the curfew is arbitrary measure, reducing of fundamental rights of children and adolescents, being flagrantly unconstitutional and finding themselves at odds with

* Doutor em Educação pela UNESP. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

** Doutor em Direito pela PUC – SP. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Autores convidados.

the principle of prohibition of excess. Finally, points as alternatives to crime control monitoring, guidance and control of teens at risk and in conflict with the law, as well as their families, as well as strengthening the family through systematic monitoring of children in conflict with the creation of programs of aid to families, children and adolescents.

PALAVRAS-CHAVE: Toque de recolher; criminalidade na adolescência; Proibição do excesso; inconstitucionalidade; alternativas

KEYWORDS: Curfew; Crime in adolescence; Prohibition of excess; Unconstitutional; Alternatives.

1. INTRODUÇÃO

Até 2011 setenta e duas cidades adotavam o “toque de recolher”, fixado pelo Juiz da Infância e da Juventude de cada cidade, cujas normas, de forma geral, são: menores de 12 anos podem ficar nas ruas até às 20:30 horas. Para os jovens de 13 a 15 anos é permitido a permanência nas ruas até às 22 horas e os adolescentes até 17 anos a permanência é até às 23 horas.

Muito se tem discutido a respeito da legalidade e da eficiência dessas medidas na redução dos índices de violência e criminalidade envolvendo adolescentes. Primeiramente tem-se a questão da restrição ao direito constitucional de ir e vir. Também há dúvidas se essas medidas realmente produzem o efeito desejado.

A análise do tema, contudo, passa necessariamente por um exame histórico da violência. Verifica-se a mutação da violência na modernidade com o surgimento do capitalismo industrial e das grandes cidades, sendo que a resposta violenta dos excluídos obrigou a criação de uma estratégia de controle por parte do governo e da justiça. Não se pode pensar que a violência de crianças e adolescentes é um fato hodierno e de questão moral. Ao contrário, a violência urbana tem uma história que precisa ser investigada para que não se fique nas respostas fáceis. Verifica-se o surgimento do “tribunal de menores” que organizará a vigilância e o controle sobre as crianças e sua família. Agindo em nome da prevenção, várias formas de controle social foram postas em prática na modernidade. Em pleno século XXI a divisão marcante entre uma pequena faixa populacional rica, ou com acesso a muitos benefícios sociais e tecnológicos, e a maior parte da população que ainda vive na pobreza ou na miséria, sem direito à participação nos benefícios sociais, continua gerando violência e engendrando formas de controle social.

Por outro lado analisa-se a constitucionalidade dessas medidas que têm como escopo a proteção das crianças e adolescentes, fundamentando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda que bem intencionada, não está imune a um controle de constitucionalidade, uma vez que a medida precisa ser confrontada a

outros direitos fundamentais, entre eles a liberdade de locomoção e da convivência comunitária. É importante confrontar a medida com o direito fundamental de direito de ir, vir e permanecer sem ser molestado. A convivência familiar e comunitária também é o direito que precisa ser respeitado e analisado na sua relação com a medida do “toque de recolher”.

Sem a pretensão de se esgotar o assunto, ao final algumas alternativas para a questão são levantadas, passando pela questão do fortalecimento da família e partindo da premissa que a intervenção do poder público enfraquece a autoridade familiar. Ao contrário, a família deve ser fortalecida pelo Estado e não o oposto. Não deve ser o “Estado-Juiz” que deve estabelecer horários, locais, atividades, etc.. Assim, a criação de programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente, fará com que os responsáveis pelos menores tenham autoridade suficiente para impor restrições, tudo dentro do poder familiar.

2. AS CIDADES E AS RUAS

Ao longo da história as cidades se apresentaram como zonas de liberdade e, ao mesmo tempo, de perigo e adversidades. Nas cidades, as pessoas foram se tornando estranhas e as ruas foram sendo invadidas por grupos diversificados e desconhecidos. Aumentou-se, continuamente, o número de pessoas estranhas e anônimas ocupando o mesmo espaço. Nas grandes cidades a multidão foi tomando conta dos lugares públicos e um sentimento de insegurança foi, aos poucos, crescendo. A cidade passou a apresentar publicamente a desigualdade de uma sociedade por meio dos desempregados, vadios e mendigos que vagam pelas ruas despertando medo e afetando a sociabilidade das pessoas.

Sobre isso, escreve Bresciani:

A multidão, sua presença nas ruas de Londres e Paris do século XIX foi considerada pelos contemporâneos como um acontecimento inquietante. Milhares de pessoas deslocando-se para o desempenho do ato cotidiano da vida nas grandes cidades compõem um espetáculo que, na época, incitou ao fascínio e ao terror (1998, p 10).

Vemos que a cidade alterou a sólida hierarquia rural, reinante até o advento da sociedade industrial. As mulheres, antes circunscritas ao espaço doméstico, surgem como figuras novas no espaço público e a antiga segregação sexual perde seu espaço. Essa confusão permite a invisibilidade e o anonimato, portanto, a impunidade, maximizando a delinquência. Um exemplo desse pavor com o anonimato é o dos “apaches” (como eram chamados na França em 1902) do início do século XX. Um bando de jovens vadios, muito bem organizados, que vivem dos roubos e assaltos. Perrot (2006, p. 318) faz um relato do final do XIX e início do XX que nos parece muito atual:

O apache nasceu na calçada de Paris. Desde menino é muito comum nos bairros da periferia ou dos arrebaldes [...]. Ele escapa da escola (por volta de 1900, entre 200.000 crianças em idade de escolarização em Paris, 45.000 não frequentam) e a uma aprendizagem em plena decadência. Vagabundeia, vive de pequenos furtos, zomba da polícia que, nos setores populares, passa a maior parte do tempo a perseguir os malandros [...]. Quando crescem, se realizam as provas – bater num burguês, derrubar um tira –, ingressam nos seus bandos.

A confusão reinante incomoda as classes dominantes e as autoridades denunciam essa confusão tão vergonhosa para a ordem pública, passando a controlar os bares e os lugares públicos. Os bairros pobres provocavam constantes inquietações nas autoridades, pois a miséria, a fome, a degradação física e moral de seus moradores era motivo de discussões de sanitaristas e políticos. O estado de abandono das crianças as transformava em pequenos selvagens e virtuais delinquentes. Era visível que, a aglomeração nos bairros e a conseqüente degradação moral, estimulavam os desempregados a viver de pequenos furtos e assaltos, protegidos pelo anonimato.

A cidade torna mais aguda e visível as diferenças e as contradições sociais, provocando reivindicações e conflitos. Para solucionar esses problemas não se poderia utilizar apenas da violência física, tais como as prisões. Algo mais sutil foi desenvolvido desde o século XVIII.

Para Foucault (1987) um dos fenômenos primordiais da sociedade industrial foi a tomada de poder sobre o homem, ou seja, uma série de conhecimentos e saberes são implementadas pelos Estados no final do século XVIII e definidas no século XIX. A população passa a representar um problema político que precisa ser equacionado. Surgem, nesse período, mecanismos que fazem funcionar a sociedade industrial.

Segundo Donzelot (1986), no século XIX é difundida uma vasta literatura crítica, voltada para os costumes educativos da época, principalmente as questões sobre os cuidados com as crianças, o abandono, a criação de filhos por nutrízes e amas de leite. Buscou-se reorganizar a confusa e caótica disposição urbana, por meio de políticas de saneamento, higiene e planejamento. Essas medidas foram aplicadas de forma abusiva, suscitando revoltas populares e resistências, como temos o exemplo mais tarde no Brasil na “revolta da vacina”. A derrubada dos barracos, a numeração das casas, a determinação da iluminação noturna, a vacinação obrigatória e a abertura das avenidas são alguns exemplos dessa fúria higiênica.

Em Paris, os novos bulevares permitiam ao tráfico fluir pelo centro da cidade e mover-se em linha reta, de um extremo ao outro. Além disso eliminaram-se as habitações miseráveis e abriram “espaços livres” em meio a camadas de escuridão e apertado congestionamento.

O “bota abaixo” passou a panacéia da “gestão científica da habitação popular” que, de forma autoritária, remodelava a cidade e a “modernizava”, utilizando-se das inovações tecnológicas e ação da burocracia impessoal, técnica e racional.

O saber sobre a questão da habitação, presente inicialmente na fala dos higienistas e médicos, legitima agora o poder de outras falas que se articulam sobre o social: de engenheiros e de arquitetos, principalmente, mas também de sociólogos e de advogados [...] De ponta a ponta, recorre-se à mesma operação conceitual que vincula *pobreza-saúde-imoralidade*. A questão da habitação popular é tematizada e construída por todo o arsenal de conhecimentos mobilizados pelos dominantes, menos como problema material ou financeiro de que como *questão moral*. (RAGO, 1997, p. 189)

As habitações populares construídas em bairros operários já trazem o novo modelo arquitetônico priorizado pelos engenheiros, com vários compartimentos isolados, evitando a promiscuidade, espaços fechados que permitam a individualização dos corpos, formando um ambiente moral e higiênico.

Pode-se afirmar que havia uma ausência do que Foucault vai chamar de “a economia do corpo” nas camadas pobres e na elite da população. As críticas serão direcionadas ao questionamento dos costumes educativos, do comportamento da família e sua organização e aos cuidados com as crianças. Ou seja, o discurso para as elites não era o mesmo para as classes populares. Segundo Guirado (1986, p. 31) “nas classes burguesas é a Medicina a instituição que, a princípio se ocupa disto numa ampliação de seu âmbito de ação, reivindicando para si o controle sobre a sobrevivência física e psicológica das crianças”. Vê-se aí a consolidação do saber médico e sua aliança estratégica com a família. A intervenção médica transforma a família burguesa imprimindo-a uma face intimista e “berço da educação e do afeto e uma nova posição para a mulher”.

O que inquieta o Estado é o desperdício de forças viva, são os indivíduos inutilizados ou inúteis. Então, entre esses dois tipos de objetivos há uma convergência momentânea sobre o princípio da concentração dos indesejáveis da família. Mas se, para as famílias, essa concentração é encarada como exclusão, alívio, para o Estado ela vale como interrupção das custosas práticas familiares, como ponto de partida de uma vontade de conservação e de utilização dos indivíduos (DONZELOT, 1981, p. 29).

Essa “vontade de conservação” e de aproveitamento das forças úteis é geradora de uma série de intervenções corretivas que se abre sobre a vida familiar, através do saber médico/sanitário. Segundo Guirado (1986) esse saber médico avança gradativamente e se impõe sobre o saber popular e empírico, definindo um novo estatuto de poder em que a mulher ocupara um novo espaço, o de executora

das decisões do médico. A família vai, paulatinamente, fechando-se em torno de si mesma, promovendo uma estrutura de proteção contra o público, e evitando as influências negativas do antigo modelo educativo, tais como a criação em famílias substitutas, as pajens e a promiscuidade social. Uma nova ordem nas relações afetivas está sendo introduzida, recebendo a mulher o e status de guardiã da moralidade e das relações sociais.

Nas classes populares as estratégias são diferentes, pois segundo Donzelot é a administração pública que primeiro chega até elas. Prevenção é a palavra de ordem, sendo no início o isolamento (hospícios para crianças abandonadas), que passa a ser criticada pelos higienistas vai, paulatinamente, sendo substituída, por sugestão e acompanhamento dos próprios higienistas, por novas estratégias. Lastreadas no princípio da vigilância e do controle, essas novas táticas, que continuam tendo como foco a marginalidade como desvio social, atacam tudo que se considerava ameaça a ordem social e ao modelo de “família burguesa”, agindo através do controle dos perigosos hábitos do abandono, da prostituição, da desorganização familiar e da “mãe desleixada”. Surgem projetos de filantropia para auxílio maternidade, que se materializarão no projeto legal de salário-família. A preparação do adulto útil e dócil ao sistema deveria se iniciar com a “educação” das crianças. É nesse momento que, nos países industrializados, se difundem as escolas laicas, públicas e obrigatórias, tendo como uma de suas finalidades a difusão de uma moral mais rígida, bombardeando para dentro das famílias, através da criança, as normas de bons hábitos, comportamentos sadios, higiênicos e disciplinados, introduzindo no lar a “civilização dos costumes”. Fica evidenciada, nessas propostas de vigilância e controle, a ênfase sobre a mulher através da criança e do abandono. Um feixe de saberes investe sobre a família, a mulher e a criança, com a intenção de modelar seu comportamento e impor normas e procedimentos através da “difusão de práticas de higiene e saúde que são características das formas de vida burguesas” (GUIRADO, 1986, p. 52).

No outro extremo, surgem inúmeras associações filantrópicas e religiosas, que, baseando-se no conceito da “vontade de conservação” e nos saberes dominantes da época, assumem o objetivo de “ajuda-las” a moralizar o seu comportamento, convergindo seus esforços para a restauração da vida familiar. Essa iniciativa é tomada primeiramente pelas sociedades patronais e depois disseminada por inúmeras associações filantrópicas que negociam a ajuda material e financeira pela obrigatoriedade do casamento legítimo. Esse método de incentivo ao casamento mostra-se útil quando fortalece o lugar institucional das mulheres das classes menos favorecidas, fazendo-as recuar do mercado de trabalho e centrando-as na vida familiar. O árduo trabalho doméstico é o dote que deve ser pago pela mulher como substituição àquela antiga convenção matrimonial. A valorização do papel materno, apoiado pelo saber científico dos médicos, persuadindo as mulheres, tanto da classe alta como das camadas baixas, ao

sentimento “inato do amor materno”, sendo que a maternidade, a educação da criança e os cuidados com o lar realizam uma “vocação natural da boa mãe”. A esposa-mãe é elevada ao papel central da família, com responsabilidade moral conferida pelo discurso médico, na clausura do lar.

A emergência do social não afetou o Estado liberal do século XIX, ao contrário, o liberou das mazelas por ele criadas, dinamizando as forças produtivas, por meio de práticas racionais de controle social. Organiza-se uma política higienista social de purificação da cidade dos espaços privados. As casas são invadidas por médicos e sanitaristas que vistoriam de forma minuciosa os bairros e casas impondo de maneira autoritária as medidas higiênicas. Passa-se a administrar todos os problemas relativos à população, tais como: epidemias, endemias, natalidade, procriação, incapacidade física dentre outros. Segundo Rago (1997, p. 164) “os médicos higienistas, portanto, percebem-se como autoridades necessárias e competentes para vistoriar minuciosamente a habitação e os bairros populares, incentivando o asseio e impondo autoritariamente a execução de medidas higiênicas”. Ainda segundo a autora, os higienistas sociais se ocupam com a medicalização da cidade, com a desinfecção dos lugares públicos, com a limpeza dos terrenos baldios, com a arborização das praças e com o alinhamento das ruas.

A habitação do pobre não escapará ao desejo de disciplinarização do proletariado manifestado pelos dominantes. Na moradia operária, a burguesia industrial, os higienistas e os poderes públicos visualizam a possibilidade de instaurar uma nova gestão da vida do trabalhador pobre e controlar a totalidade de seus atos, ao reorganizar a fina rede de relações cotidianas que se estabelecem no bairro, na vila, na casa e, dentro desta, em cada compartimento.

Surge uma gama de interesses educacionais, médicos e higienistas que produzem um novo saber sobre a criança legitimando e estruturando a ação do social. Para Sibilia (2003, p. 162), “a partir dos dados coletados meticulosamente junto aos cidadãos dos Estados-nação, os profissionais das novas ciências humanas foram capazes de calcular previsões, índices, médias, estimativas e probabilidades”. Isso possibilitou a intervenção racional no “substrato biológico das populações através de leis e regulamentações sanitárias, planejamentos reprodutivos, campanhas de aprendizado em saúde pública, propagação de hábitos e costumes ligados à higiene e a prevenção de doenças”.

No que diz respeito ao progresso científico da higiene, seus benefícios para os indivíduos são inegáveis. Não se trata de negar ou desvalorizar a importância destes fatos. O que importa é notar a própria eficiência científica da higiene funcionou como auxiliar na política de transformações dos indivíduos em função das razões do Estado. Foi porque a medicina era, de fato, empírica e conceitualmente científica que sua ação política foi mais operante (COSTA, 1999).

O modelo propagado pelos higienistas para a família era o “intimismo doméstico”, que pressupunha uma nova forma de convivência familiar. Nesse

discurso, buscava-se construir a reclusão familiar ao lar, transformando seus membros, segundo Costa (1999, p. 139) em “fiscais da higiene”. Esse longo trabalho de conquista e colonização da família, resultou na aproximação de seus membros e no surgimento do modelo característico da sociedade moderna industrial, a “família burguesa”. Para Costa (1999, p. 144) “o cuidado com a saúde física produziu um imenso acréscimo de atenção para o psiquismo”, o que resultou em cuidados cada vez mais especiais e com a busca do equilíbrio familiar, valorizando, observando e controlando os mínimos comportamentos dos filhos.

Nesse contexto, completando o domínio sobre a família, surge um complexo tutelar que se inicia através da ação de grupos de filantropos e se transforma, no século XIX, no Tribunal de Menores. Como complemento da legislação social, surge o “tribunal de menores” que canalizará a vigilância e o controle sobre a família. Esse novo poder, que age em nome da prevenção, surge com a lei de 1889, a qual determina serem os pais e mães, que por algum motivo comprometam a segurança, a saúde e a integridade física e moral de seus filhos, ou mesmo por delitos cometidos contra a criança ou por ela, destituídos de seus direitos e do pátrio poder, podendo o Juiz confiar a guarda da criança a uma instituição filantrópica ou a terceiros. As leis de 1898 e 1912, que iriam organizar progressivamente uma transferência de soberania da família moralmente insuficiente para o corpo de notáveis filantropos, magistrados e médicos especializados na infância. Organiza-se um sistema de vigilância contínuo e de delação legítima, onde a relação dos filantropos com a família é modificada.

Uma etapa importante da organização dessa nova e complexa estrutura de ação social surge com a educação. A organização do sistema escolar está diretamente ligada à idéia de controle social e de difusão dos novos valores e ética.

Nota-se que em nome da segurança e da integridade física da criança, organiza-se um sistema contínuo de vigilância que, por intermédio das leis editadas pelo Estado, permitem aos agentes das normas de saúde e educação, penetrarem legalmente na família e tornarem-se intercessoras entre ela e a justiça. Essa estratégia histórica de controle social foi fundamentada na proteção da infância. As famílias passavam por um verdadeiro saneamento moral a fim de se descobrir indícios de se estar gerando eventualmente o futuro marginal. Todo esse trabalho visava reduzir o recurso ao judiciário e penal.

Essa retomada histórica pode nos mostrar que a vigilância das famílias pobres, alicerçadas no ideal da educação, da higiene e da normalização dos comportamentos, permitiu, em nome da segurança controlar as crianças pobres e suas famílias, no entanto, sem alterar suas condições de existência.

3. A SITUAÇÃO DOS MENINOS DE RUA NO BRASIL ATUAL

Em pleno século XXI constatamos que, nos países periféricos a problemática histórica dos meninos de rua continua a mesma. As causas continuam

sendo a “divisão marcante entre uma relativamente pequena faixa populacional rica, ou com acesso a muitos benefícios sociais e tecnológicos, e a maior parte da população mundial, que vive na miséria ou à beira dela, sem direito à participação nos benefícios sociais” (GRACIANI, 1997, p. 85/6). Para se reverter essa realidade, que no Brasil tem contornos próprios, é preciso alterar o sistema sócio-econômico. Quando essas crianças e adolescentes estão na rua é porque a rua é sua casa. Em geral, a família desses “meninos da rua”, não apresentam a estrutura necessária para a socialização adequada aos valores que lhes são cobrados. Podemos dizer que são crianças que não passam pela adolescência.

[...] pode-se dizer que esses jovens de ou na rua não tiveram adolescência, como outros privilegiados da sociedade. Vivem num processo de “adulterização precoce”, obrigados a serem arrimo de família e/ou complementadores da renda familiar, sofrendo um processo de mortificação interna, com danos indelévels para a sua personalidade e identidade. (GRACIANI, 1997, p. 126).

Comumente a família desses jovens sofre a ausência da figura paterna, pelos mais diversos motivos, ou sua relação é conflitiva, vivendo, segundo Graciani (1997) um “vácuo de controle”, cuja consequência pode ser a agressividade, a rebeldia ou a delinquência.

Do mesmo modo percebemos igualmente que as formas de controle social são as mesmas, buscando minorar o problema para dar uma resposta à classe dominante e a grande mídia, que denuncia com alarde o problema dando-lhe contornos muito mais dramáticos. Como nos mostra Graciani (1997, p. 144)

Essa imagem preconceituosa é referendada pela mídia, que mostra, sistematicamente, os menores como aqueles que atrapalham a ordem como “inimigos públicos”, em notícias quase diárias e sensacionalistas, apontado-os como os principais responsáveis pelo aumento da “patologia social”. Dessa forma, ninguém mais se escandaliza com violentações, torturas, prisões, maus-tratos e com assassinatos de “menores”. Para limpar a cidade, qualquer procedimento se justifica, na opinião de alguns setores da sociedade, principalmente os mais conservadores.

Surgem, então, propostas para controle da criminalidade juvenil, destacando-se na atualidade o “toque de recolher”.

4. O TOQUE DE RECOLHER E A ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

O toque de recolher, medida já adotada pelo Poder Judiciário em algumas

idades do Brasil como forma de controle da criminalidade juvenil, consiste em proibir a circulação, no período noturno, de crianças ou adolescentes por lugares públicos desacompanhados de seus pais.

Baseiam-se os juízes nos artigos 98, 99 a 101, 148 e 149 do Estatuto da Criança e Adolescente que tratam das medidas de proteção e da competência dos juízes da infância e juventude.

A medida é apresentada à sociedade como forma de proteção, visto que os menores seriam os mais atingidos pela violência. Ainda que bem intencionada, não está imune a um controle de constitucionalidade.

Analisada apenas sob o olhar do direito fundamental da criança e das pessoas à segurança, a medida parece razoável. Se é nas ruas que estão os perigos e se para o cometimento dos delitos as crianças e adolescentes se utilizam das ruas, por certo a restrição ao seu acesso às ruas ensinará uma diminuição da violência e da criminalidade.

Além disso, a facilidade de fiscalização, também mostra que a medida será eficiente.

Ocorre que a medida também precisa ser confrontada a outros direitos fundamentais, entre eles o direito a liberdade de locomoção e à convivência comunitária e a legalidade.

A liberdade de locomoção está prevista no art. 5º, inciso XV da Constituição quando estabelece que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz”. Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, “o direito a liberdade de locomoção é um direito de resistência em face do Estado, vale dizer, é o direito que o indivíduo tem de ir, vir, ficar ou permanecer, sem que por essas condutas seja molestado pelo Poder Público” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 193).

Tratando-se de direito fundamental, qualquer restrição deve estar autorizada pela Constituição ou deve decorrer de uma limitação de outros direitos fundamentais.

Já o princípio da convivência comunitária, vem estabelecido no capítulo que trata da família ao estabelecer no art. 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Percebe-se que a Constituição, de forma clara, estabelece o dever do Estado proporcionar à criança e ao adolescente o lazer, a cultura, o respeito, a liberdade e a conveniência comunitária.

Seguindo o cânone constitucional o ECA também estabelece no art. 19 que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua

família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Essa convivência comunitária, e não há como se interpretar de outra forma, deve ser de dia e de noite, não podendo se restringir ao horário diurno, até porque se a adolescência é uma preparação para a vida futura, não teria sentido que a criança apenas se preparasse para o dia, tornando-se um morcego às avessas.

Vale notar que mesmo não sendo a liberdade de locomoção e o direito fundamental à da convivência comunitária direitos fundamentais absolutos, podendo sofrer limitações por outros direitos fundamentais através da ponderação de bens, é de se notar que segundo Alexy “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão”. (2008, p. 296).

Assim, nessa ponderação de bens, somente seria possível restringir esses direitos fundamentais, se déssemos um peso maior à segurança do que à liberdade de locomoção e a convivência comunitária, o que não é razoável admitir.

Registre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê hipóteses em que é possível cercear a liberdade do adolescente, especificamente quando seja flagrado cometendo ato infracional ou quando, por conta da prática de ato infracional, tenha sua apreensão determinada por ordem judicial fundamentada e decorrente de processo judicial regular. Mas note-se, a regra é a liberdade e a restrição dos direitos do adolescente em conflito com a lei é exceção. O cerceamento da liberdade só será aceito se evidente a sua necessidade.

Mas não é isso que ocorre com o “toque de recolher”, visto que os adolescentes não estão em conflito com a lei. Ao contrário, estão garantidos pela Constituição que lhes assegura o direito de ir e vir, não sendo possível dar mais valor ao direito fundamental segurança, retirando todo o valor dos demais direitos fundamentais.

Note-se que não se estaria fazendo uma ponderação e sim uma prevalência do direito fundamental à segurança, sendo evidente o excesso na aplicação de uma medida que cerceia a liberdade e direitos de adolescentes que não estão em conflito com a lei.

E já que falamos em excesso, conveniente trazermos a colação, porque se aplica claramente neste caso, o princípio da proibição do excesso, também referido pela doutrina como princípio da proporcionalidade.

Segundo Jorge Reis Novais

Pode dizer-se que este princípio é, hoje, a referência fundamental do controle da atuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel

de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual e de chave sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados (2011, p. 161).

O princípio da proibição do excesso, ou como já dissemos, também conhecido por princípio da proporcionalidade em sentido lato, apresenta três critérios ou elementos parciais que auxiliam o intérprete no exercício do controle de constitucionalidade. São eles (1) a adequação (também chamada de idoneidade ou conformidade); (2) a necessidade; e (3) a proporcionalidade em sentido restrito.

Sobre o primeiro critério, escreve Jorge Miranda que a adequação “significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado, se destina ao fim contemplado, pela norma, e não a outro; significa, pois correspondência de fins e meios” (MIRANDA, 2000, p. 207).

Vale lembrar aqui o art. 30, da convenção americana sobre direitos humanos que estabelece o seguinte:

Artigo 30º - Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral **e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas** (grifo nosso).

Percebe-se que a convenção destaca o critério adequação ao destacar que a restrição deve estar de acordo como propósito para o qual foi estabelecida.

Evidente que o “toque de recolher” não apresenta essa correspondência de fins e meios. Dizemos isso porque a medida visa, obviamente, diminuir a criminalidade na adolescência, impedindo que menores infratores estejam nas ruas cometendo delitos e todos os elogios a medida dizem respeito à diminuição da criminalidade. Sendo assim, não há correspondência entre o fim, diminuição da criminalidade, e os meios, a limitação da liberdade de todos os menores, sendo importante dizer que a maioria dos menores não pratica atos infracionais.

Pelo elemento da necessidade ou exigibilidade, Canotilho destaca a “ideia de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível” (2000, p. 268), devendo estar demonstrado que não existem meios menos onerosos ao cidadão, no caso os menores.

Segundo o mesmo autor

dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a

exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito de intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados (CANOTILHO, 2000, p. 268).

Na análise desses elementos, importante destacar, quanto à exigibilidade material, ou seja, o meio “deve ser o mais poupado possível”, já é possível dizer que a solução encontrada pelo Poder Judiciário simplesmente aniquila o direito de ir e vir e a convivência comunitária. É comum adolescentes irem a escola no período noturno sozinhos ou mesmo compartilharem da companhia de outros adolescentes em praças, parques e até nas ruas. Isso, por força do toque de recolher, seria impossível. Nenhum desses lugares poderia mais ser frequentado por menores no período noturno quando desacompanhados dos pais.

Quando falamos sobre a exigibilidade espacial, sabemos que crianças e adolescentes não devem frequentar todos os lugares, exigindo-se uma limitação. Mas como já foi dito, a intervenção deve ser o menos onerosa possível, ou seja, não se deve instituir uma regra geral, a exemplo do que faz o “toque de recolher”. Podem ser instituídos limites especiais, a exemplo do que já ocorre com boates, lugares onde seja vendida bebida alcoólica, cibercafés, entre outros estabelecimentos.

Também é de se destacar que o toque de recolher não atende, dada a sua generalidade, a “rigorosa delimitação no tempo”, pois não há prazo, não há época, não há nada. Se até o estado de sítio e o estado de defesa devem ter prazo, fica claro que qualquer medida que restrinja a liberdade das pessoas também deve ter.

Ainda analisando o critério necessidade, não resta dúvida que a medida não está de acordo com a exigibilidade pessoal. A medida atinge todas as crianças e adolescentes, inclusive os que não estão em conflito com a lei. Se é assim, a medida não se limita às pessoas cujos interesses devam ser sacrificados, no caso os adolescentes infratores.

Não se está a dizer que o legislador ou o aplicador do direito não pode tomar medidas para a contenção da criminalidade entre adolescentes, o que se está a indagar é se “se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos (CANOTILHO, 2000, p. 269).

Para encerrar esse tópico, é de se lembrar a fórmula consagrada por Fleiner, citada por Jorge Reis Novais, no sentido de que “não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais” (FLEINER, apud NOVAIS, 2011, p. 171).

Antes de ingressarmos no último critério, é importante lembrar que em

razão da medida não ter atendido os critérios anteriores, já está demonstrada a sua inconstitucionalidade. A esse respeito, escreve Jorge Reis Novais:

Esta decomposição do princípio da proibição do excesso pelos seus vários elementos constitutivos apresenta a vantagem reconhecida à análoga decomposição do princípio da proporcionalidade em sentido lato, ou seja, permite um escalonamento dos controlos num processo de filtragem sucessiva que vai eliminando, nas suas primeiras fases, os candidatos relativamente aos quais o apuramento do eventual excesso ou desproporcionalidade é mais imediata e objectivamente determinável, seleccionando para a última fase só os candidatos que já passaram os testes da idoneidade e indispensabilidade (NOVAIS, 2011, p. 165).

Mesmo assim, analisaremos o critério da proporcionalidade em sentido estrito ou também conhecido como princípio da justa medida, pelo qual cabe indagar, mediante um juízo de ponderação, as vantagens em relação às desvantagens dos meios empregados. Faz-se um juízo de custo-benefício, de modo a indagar se a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental se justifica face ao fim que se almeja alcançar.

Tudo dependerá de verificar se a medida é “justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável” (NOVAIS, 2011, p. 178).

Em relação a este último critério, as “vantagens” trazidas pelo “toque de recolher”, não nos seduzem em relação às desvantagens. O cerceamento da liberdade e a falta de convivência comunitária impedirão o desenvolvimento adequado do adolescente, especialmente os mais pobres e sem recursos, que na maioria das vezes, antes mesmo de atingir a maioridade, já estão, ainda que de maneira informal, inseridos no mercado de trabalho. Estamos aqui a falar de adolescentes que não são infratores e precisam trabalhar para auxiliar no sustento da família, e que teriam sua liberdade cerceada.

Ademais, é importante notar que uma medida como esta, cerceando a liberdade de locomoção das pessoas, só é admitida pela Constituição nas hipóteses de estado de defesa e de estado de sítio. Tais medidas, contudo, tem natureza excepcional e “devem ser temporárias, só utilizadas quando realmente necessárias, e por fim, proporcionais à situação de crise que pretendem superar” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 365).

Na análise do aspecto da proibição do excesso, vale lembrar ainda a máxima trazida por Jorge Miranda no sentido de que “na dúvida os direitos devem sempre prevalecer sobre as restrições (Jorge Miranda, tomo IV, 2000, p. 340).

Dessa forma, no tocante a constitucionalidade da medida, concluímos

que o toque de recolher constitui medida arbitrária e desarrazoada, cerceadora de direitos fundamentais das crianças e adolescentes, mostrando-se flagrantemente inconstitucional e encontrando-se em confronto com o princípio da proibição do excesso.

Por fim, cumpre analisar a legalidade da portaria expedida pelos juízes. Os artigos 148 e 149 do ECA que estabelecem a competência dos juízes em nenhum momento admitem a expedição de portarias para cercear a liberdade de locomoção dos menores de forma indiscriminada. Ao contrário, o § 2º do art. 149 é taxativo ao estabelecer que “as medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral”.

O toque de recolher, claramente, é medida de caráter geral, que indistintamente cerceia a liberdade de crianças e adolescentes, que estejam em situação de risco, quer não.

5. ALTERNATIVAS

Estando evidente a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade do “toque de recolher”, não parece razoável terminamos o presente artigo sem buscar apontar alternativas para o combate da criminalidade e violência juvenil.

Acreditamos que as energias devem ser canalizadas para o acompanhamento, orientação e controle dos adolescentes em situação de risco e em conflito com a lei, assim como seus familiares. Vemos, por exemplo, que a medida de liberdade assistida, um importante instrumento na busca da inclusão dos menores infratores, tornou-se uma medida burocrática que se resume a entrevistas e apresentação de relatórios, que mesmo identificando os problemas, não conseguem mudar a situação dos menores infratores.

Outro aspecto que não pode ser deixado de lado é o fortalecimento da família. Ao contrário do que possa parecer, o “toque de recolher” enfraquece a autoridade familiar, pois retira da família a decisão sobre a permanência dos menores nas ruas. O Estado é quem decide por eles.

A família deve ser fortalecida pelo Estado e não o contrário. Não é o Estado-Juiz que, dentro da entidade familiar, deve estabelecer horários, locais etc.. Isso compete à família. Assim, se esta ou aquela família não vem fazendo isso de forma adequada, colocando em risco a criança ou o adolescente, aí sim, poderá o Estado-Juiz tomar medida específica para aquele caso concreto.

Percebe-se, então, que o fortalecimento da família por meio de acompanhamento sistemático dos menores em conflito, com a criação de programas de auxílio à família, à criança e ao adolescente, fará com que os responsáveis pelos menores tenham autoridade suficiente para impor restrições, tudo dentro do poder familiar.

Note-se que não se está aqui a pregar a impunidade, a não responsabilização. Esta será possível aos adolescentes que cumprem medidas sócio-

educativas, pois nesse caso parece que, com a justificativa razoável e a ponderação devida, é possível a limitação de direitos do adolescente. Mas note-se, apenas excepcionalmente, não como regra.

6. CONCLUSÕES

É preciso refletir muito a respeito das soluções que contam com simpatia popular no combate a criminalidade. Muitas das medidas propostas são aparentemente eficientes, mas trazem consigo uma série de violações aos direitos fundamentais. É o que ocorre com o toque de recolher que na verdade é uma clara violação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Com a medida, o que se conseguirá na verdade é a exclusão completa dos adolescentes do convívio comunitário, especialmente os mais pobres.

Se os ricos e abastados possuem uma série de formas de divertimento (videogames, TVs de alta definição, computadores etc), sempre dentro de suas fortalezas, os mais pobres no mais das vezes tem como lazer o fato de sair de casa e encontrar amigos nas ruas. Isso não será mais possível. Além de excluídos materialmente, serão excluídos fisicamente e a sociedade não os verá mais pelas ruas, sob o argumento de que os quer proteger.

Novas medidas para o combate à criminalidade na adolescência precisam ser adotadas, mas sem dúvida alguma, tudo passa pelo fortalecimento da família, bem como um acompanhamento eficiente e punição dos adolescentes em conflito. A restrição aos direitos dos adolescentes de forma indiscriminada, especialmente os não infratores, não parece ser a solução para o problema e é claramente inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Verbatim, 2011.

BRESCIANI, Maria Stella M. *Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza*. São Paulo. Ed. Brasiliense, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 4ª ed, 2000.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem Médica e Norma Familiar*. Rio de Janeiro: ed. Graal, 3ª ed. 1999.

DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Rio de Janeiro: ed. Graal, 2º ed. 1986.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história das violências nas prisões*. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 9ª ed. 1987.

GUIRADO, Marlene. *Instituições e relações afetivas*. São Paulo : Summus, 1986.

GRACIANI, Maria Stela Santos. *Pedagogia social de rua*. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire (coleção perspectiva), 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. IV, Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2011.

PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. São Paulo: Paz e Terra, 4ª edição, 2006.

RAGO, Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar : Brasil 1890-1930*. São Paulo: Paz e Terra, 3ª edição, 1997.