

Toque de recolher: limitação à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes sob o aspecto constitucional

Emerson Marcelo da Silva¹

Resumo

Os índices de criminalidade verificados na sociedade brasileira atual alcançam níveis exageradamente altos. A despeito da quantidade de causas que podem ser identificadas, uma delas gera alerta ainda maior: a presença crescente de menores de 18 anos nas estatísticas sobre violência e consumo de drogas. Tomados por essa preocupação, alguns juízes de direito resolveram, por meio de atos judiciais de ordem genérica e abstrata, adotar medidas restritivas do direito de locomoção de crianças e adolescentes, a serem aplicadas em determinados horários (“toque de recolher”). A pesquisa científica desenvolvida neste trabalho perquiriu sobre a constitucionalidade de tais medidas judiciais. Para isso, foram estudadas as questões formais sobre a competência para editar normas que venham a limitar o direito acima mencionado, questionando-se se a matéria submete-se à reserva legal absoluta ou relativa. Mas, se a possibilidade de restrição do direito de ir e vir de menores de 18 anos pode ser afastada quando veiculada por ato judicial com força de lei, permaneceu a dúvida sobre a constitucionalidade da dita restrição se realizada pelo legislador. Fez-se necessário o estudo dos aspectos materiais dos direitos fundamentais. Para isso a doutrina constitucionalista alemã contribuiu em muito com as ideias de área de regulamentação e área de proteção. A contribuição da doutrina alemã não se esgotou neste tópico, uma vez que é sempre imprescindível ao estudo da restrição dos direitos fundamentais a análise da regra da proporcionalidade, o que não foi diferente no presente trabalho. Ao final, buscou-se concluir sobre ser possível ou não restringir o direito de locomoção de menores de 18 anos a fim de livrá-los de situações de risco e, admitindo a possibilidade, quais os meios para realizá-la e em que hipóteses, medida e intensidade pode ser concretizada sem que haja ofensa à ordem constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, SP. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC de São Paulo. Professor de Legislação no Instituto Filadélfia de São Paulo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de locomoção. Limitação.

I. Introdução

O presente artigo investiga a possibilidade de limitação do direito de locomoção de crianças e adolescentes, sob um aspecto jurídico-positivo, tomando como base a análise do ordenamento jurídico brasileiro vigente sob a égide da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988².

O trabalho tem início com a verificação do *discrímen* que se faz aos indivíduos a partir do critério de idade. Para isso, foi realizado o estudo de documentos internacionais que inspiraram a Constituição (1988), assim como a legislação infra-constitucional que trata do tema, sobretudo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90)³. Em seguida, o trabalho traz uma exposição dos traços característicos do direito à liberdade de locomoção, apontados pela doutrina.

Neste ponto, tornou-se clara a problemática principal do trabalho: seria possível restringir o direito fundamental à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes, de forma juridicamente válida, com a finalidade de protegê-los de situações de risco? O estudo para o deslinde do problema acabou gerando outros questionamentos: se admitirmos a possibilidade de tais limitações - e o tratamento dado à questão do ato infracional autoriza pensarmos neste sentido - em que hipóteses essa restrição pode ser tida por constitucional? E, mais, mesmo nas situações autorizadas pelo ordenamento jurídico, quais os meios pelos quais a limitação pode ser feita? Seria o caso de reserva legal absoluta ou relativa? A competência legiferante seria admitida em que nível federativo?

Desse modo, a organização do raciocínio jurídico necessário para a solução do problema obrigou uma divisão inicial do tema em duas partes principais: o estudo do aspecto formal, as competências legislativas, e do material, que diz respeito às áreas de regulamentação e proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção. Neste segundo aspecto, foi imprescindível submeter o problema ao crivo da regra da proporcionalidade. É que toda restrição de direitos fundamentais acaba por ser medida excepcional. A fisiologia dos direitos fundamentais, ou seja, sua aplicação normal induz à interpretação de que deva expandir seus efeitos ao nível máximo, encontrando seus limites na necessária convivência

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, p. 104

³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

que deve haver entre os direitos de diferentes titulares ou diante de outro direito da mesma natureza. Sendo assim, o ato de restringir direitos é medida excepcional e, como tal, deve ser interpretada restritivamente, devendo se fundamentar na adequação da medida restritiva aos fins propostos, na sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, estes os três pressupostos da máxima da proporcionalidade.

Para a construção da dissertação desenvolvida neste trabalho foi adotada como marco teórico a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais⁴. Como técnica de pesquisa, optamos pelo estudo teórico realizado sobre textos legais e doutrinários. Ao final, pretendemos ter alcançado uma solução para o problema apresentado, a partir de uma análise do ordenamento jurídico positivo vigente no Brasil no regime da Constituição Federal (1988). Tal solução passa pela delimitação do conteúdo jurídico da liberdade de locomoção de crianças e adolescentes, que é aferido pela identificação da área de proteção desse direito e da medida em que o mesmo pode ser restringido validamente.

Concluiu-se que a Constituição Federal (1988) remete a possibilidade de restrição do direito à liberdade de locomoção ao legislador infraconstitucional, como no caso das medidas sócio-educativas de semiliberdade e de internação previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). Isso afasta a possibilidade de ser a restrição da liberdade realizada por juiz de direito por meio de ato judicial com força de lei, porque só lhe é conferida competência para exercer atividade jurisdicional no caso concreto.

As hipóteses que excepcionam esta regra devem ser expressas. O Estatuto da Criança e do Adolescente admite a portaria judicial com efeitos gerais e abstratos no caso de ingresso de menores de 18 anos em casas de jogos eletrônicos. Todavia, mesmo o legislador infraconstitucional não pode aplicar restrições fora dos critérios autorizados pelo ordenamento jurídico. Deve, então, apresentar fundamentação razoável (regra da proporcionalidade), como é o exemplo da internação em caso de ato infracional grave, sob certas condições.

Desse modo, a medida conhecida popularmente por “toque de recolher” invade indevidamente área de proteção do direito à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes, uma vez que o critério temporal (horários predeterminados) não é suficiente para legitimar a restrição do direito.

⁴ ALEXIS, 2008.

2. Direito menorista no Brasil

2.1 Legislação referente a crianças e adolescentes

A legislação menorista sempre refletiu os ideais que baseavam o poder político da época. Não foi diferente quando, em 1979, o regime de exceção que vigia no Brasil resolveu editar novo Código de Menores (Lei nº 6.697/79)⁵. Este diploma legal estabelecia como viga mestra interpretativa a *doutrina da situação irregular*. O menor de 18 anos era mero objeto de direitos, devendo submeter-se sem reservas ao arbítrio dos pais ou responsáveis e do Estado.

O ordenamento jurídico que se inaugurou a partir de 1988 traz como fundamento máximo de validade de toda a produção normativa a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Esse novo núcleo hermenêutico não admite que seres humanos, ainda que menores de idade, com desenvolvimento físico, psíquico e moral incompletos, possam ser tratados como meros objetos de direitos, sem qualquer traço, ainda que limitado, de autonomia. A nova ordem constitucional, em seu art. 227, substituiu a *doutrina da situação irregular* por outra que melhor se adequasse aos novos ditames constitucionais: a *doutrina da proteção integral*.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 1º estabelece expressamente a *doutrina da proteção integral*. Desse modo, o desenvolvimento da legislação menorista não pode ser deixado à parte pelo seu intérprete. Toda e qualquer interpretação que se fizer sobre normas relativas a menores de 18 anos deve levar em conta que não se adota mais, desde 1988, a doutrina da situação irregular e sim a doutrina da proteção integral.

3 Direito fundamental à liberdade de locomoção

3.1 Liberdade de locomoção no ordenamento jurídico brasileiro atual e os parâmetros para sua limitação

O fundamento central de todo o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se inscrito no inc. III do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Trata-se da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal estabelece, como objetivo da República Federativa do Brasil, instituir uma sociedade livre, justa e solidária. Aqui também está presente um marco jurídico-positivo do direito à liberdade.

⁵ BRASIL. Código de Menores. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.

No art. 5º, inc. XVI, encontramos um início de especificação do direito à liberdade de locomoção.

Neste dispositivo, encontra-se um delineamento inicial do direito em estudo, uma vez que traz a ressalva “em tempos de paz”, abrindo a possibilidade de restrições em tempos de guerra ou em situações excepcionais, como o estado de defesa e o estado de sítio. Como garantia a este direito a Constituição institui o *Habeas Corpus* (art. 5º, inc. LXVIII). O ECA traz também o direito à vida comunitária (art. 16, inc.V), que é corolário do direito à liberdade de locomoção.

A lei menorista confere ao juiz a atribuição de editar portarias. Estas visam regulamentar certas matérias indicadas no próprio Estatuto. Quando edita uma portaria, o juiz age investido de poder regulamentar, isto é, de complementação daquilo que está disposto na lei. O ECA especifica os temas que podem ser regulamentados por portaria. Há uma atribuição de função legislativa ao Poder Judiciário. Por ser atividade atípica, que lhe é atribuída de maneira excepcional, deve ser interpretada de maneira restritiva, devendo cingir-se àquelas matérias ali autorizadas.

O Estatuto não prevê expressamente a possibilidade de restrição do direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos, em horários determinados, por meio de portaria judicial, de modo que o juiz que assim agisse estaria atuando fora dos limites autorizados pelo ordenamento jurídico. A atuação judicial fora dos limites jurisdicionais, neste caso, constitui afronta à **separação de poderes** na medida em que usurpa funções legislativas que não lhes foram atribuídas pelo ordenamento jurídico.

No embate entre direitos fundamentais deve prevalecer a interpretação que preserve ao máximo a convivência de todos eles. As restrições de direitos fundamentais interpretam-se restritivamente. No caso em tela, conferir o poder de limitar o livre trânsito de menores de 18 anos espaços público (a despeito do louvável objetivo buscado, qual seja, a preservação da vida e da saúde deles) seria dar ao texto legal interpretação extensiva contrária às regras de hermenêutica afeitas aos direitos fundamentais.

Fernando Cesar Bolque, Promotor de Justiça da Comarca de Bastos, formulou parecer sobre o “toque de recolher”, em 30 de setembro deste ano, após solicitação feita pela Câmara dos Vereadores, para que viesse a aplicar tal medida na referida cidade, conforme MPE (SP), em 2009⁶. Dentre várias considerações de relevo, acentuou a impropriedade da portaria judicial para veicular medida

⁶ Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/home_interna>. Acesso em: 10 fev. 2009.

restritiva do direito à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes. “Ora, facilmente concluímos que Portaria do Juízo da Infância e Juventude não é formalmente lei. Portanto, ela não pode criar obrigações, proibições ou permissões”.

Por outro lado, mesmo no Provimento nº 50/89 (Anexo), que institui, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, cujo Capítulo XI elenca as atribuições do Juízo da Infância e Juventude, não há competência para que esse juiz regulamente qualquer obrigação para crianças e adolescentes. *Portanto, nem mesmo em termos de competência administrativa* possui o Juiz de Direito da Infância e Juventude condições de regulamentar a matéria suscitada.

3.2 Competência legislativa para limitação do direito fundamental à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes

Alexandre de Moraes (2006), na obra *Direito Constitucional*, traz importante lição quando expõe a distinção entre reserva legal absoluta e reserva legal relativa. A primeira obriga a veiculação de normas jurídicas apenas por uma das espécies de atos normativos previstas no art. 59 da Constituição. Pode ocorrer de o próprio texto normativo que autoriza a produção de normas prever certa espécie de ato normativo, como acontece quando a Constituição estabelece reserva de lei complementar.

A reserva legal relativa exige que a norma seja produzida por meio de ato do poder público, mas não necessariamente ato do Poder Legislativo (ou ainda, por atos do Executivo com força de lei, como a medida provisória). Neste caso, atenderia ao princípio da legalidade a mera edição de um regulamento ou de uma portaria. Importa agora saber se a restrição da liberdade de locomoção dos menores pode ser validamente realizada por uma portaria do Juiz da Infância e da Juventude. A resposta só pode ser negativa.

Não se nega que o princípio da separação de poderes não é estanque e rigorosamente delimitado; entretanto, não é menos correto afirmar que as exceções ao princípio devem ser aquelas previstas expressamente pela Constituição. Ademais, dado seu caráter excepcional, manda a melhor hermenêutica que as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Em razão disso, para que o Poder Judiciário edite normas de caráter geral e abstrato, necessário se faz que haja permissão constitucional para tanto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), ao regulamentar a Constituição Federal (1988), traz algumas possibilidades de edição de portarias judiciais

que veiculem normas gerais e abstratas, como quando autoriza a regulamentação de acesso de menores a estabelecimentos onde haja jogos eletrônicos. Não pode o Poder Judiciário interpretar as exceções de maneira ampliativa, estendendo as possibilidades de restrição de direitos fundamentais por meio de portaria além daquelas previstas no Estatuto.

No art. 24 está prevista a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre a “proteção à infância e à juventude” (inc. XIV). Esse dispositivo não se refere aos cuidados e à proteção da infância e da juventude, mas apenas à legislação, sendo oportuno esclarecer que não ficou excluída a possibilidade de leis municipais sobre a matéria, pois a própria Constituição, no art. 30, estabelece que “compete aos municípios suplementar a legislação federal e estadual”.

O Conselho Nacional de Justiça foi provocado a se manifestar sobre o caso em estudo. Em sede de liminar, houve a suspensão da portaria judicial editada pelo juiz de direito da comarca de Patos de Minas (MG). Posteriormente, em julgamento final, decidiu o CNJ que a matéria deve ser analisada pelos Tribunais de Justiça de cada Estado.

Agindo assim, o Poder Judiciário acabará por ferir, dentre outros princípios de suma relevância, o da separação dos poderes, já que está invadindo esfera própria do Poder Legislativo, tanto no aspecto formal, quanto material. Em sendo assim, não seria desarrazoado alegar que não há apenas ofensa à lei, mas também à própria Constituição Federal (1988). Em termos formais, a restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção não pode ser feito por portaria judicial, além daquelas hipóteses previstas no ECA. Isso nos leva a concluir que, a princípio, uma lei federal que alterasse o Estatuto poderia instituir limitações ao direito de ir, vir e estar de crianças e adolescente.

A questão se transfere para o estudo do aspecto material do direito de locomoção dos menores. Em outras palavras, em que medida o “toque de recolher”, em seu aspecto material, pode encontrar fundamento de validade da Constituição Federal (1988)?

4. Limitação do direito fundamental à liberdade de locomoção por meio de ato legislativo típico

O critério que levará o intérprete a identificar os contornos do direito à liberdade de crianças e adolescentes parte da ideia expressa no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, máxime a que diz respeito à condição peculiar de

pessoa em desenvolvimento dos menores de 18 anos de idade. Desse modo, a possibilidade de agir será concedida ao menor na medida em que a conduta permitida contribua para o sadio desenvolvimento de sua personalidade.

Em sentido contrário, a liberdade da criança ou do adolescente deverá ser restringida – e será de maneira fundamentadamente constitucional – toda vez que puder causar um risco de dano ao progresso físico, psíquico e moral do menor. Vejamos alguns exemplos: está amplamente comprovado que o consumo de bebidas alcoólicas causa danos neurológicos e no sistema nervoso das pessoas. Estes danos são mais acentuados nos indivíduos que não alcançaram pleno desenvolvimento físico e psíquico, isto é, nos menores de 18 anos de idade. Exatamente por essa razão, fosse dada a liberdade para a criança ou o adolescente fazer uso destas substâncias, essa liberdade atentaria diretamente contra seu desenvolvimento físico, psíquico e moral, pois o álcool não só prejudica a evolução neurológica e o funcionamento do sistema nervoso, como expõe o menor ao desprezo social.

O mesmo ocorre quanto à pornografia. A ciência da psicologia comprova que a mente da criança e do adolescente, com diversas intensidades e em fases diferentes, passa por uma profusão de sensações e pressões de ordem sexual, tanto no aspecto biopsicológico, quanto no aspecto moral.

A doutrina da proteção integral estabelece que todos, família, comunidade, sociedade e poder público atuem para livrar o menor de qualquer forma de negligência. O ordenamento jurídico brasileiro conferiu à família amplos poderes para desincumbir-se desta tarefa. O Código Civil (Lei nº 10.406/02)⁷ possui capítulo específico sobre a “proteção dos filhos.”

As determinações sobre o poder familiar presentes no Código Civil contribuem para traçar os contornos do conteúdo essencial da liberdade de locomoção dos menores. Isso ocorre porque a lei atribui aos pais os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos menores. Para o alcance dessas finalidades, os pais ou responsáveis poderão limitar as liberdades dos menores. Mas terão que fazê-lo sempre sob o princípio da proteção integral. Por razões óbvias, não se questiona que os pais ou responsáveis estão autorizados pelo ordenamento jurídico a interferir na liberdade dos menores que estejam sob seu poder familiar. A dúvida reside na medida em que tal interferência pode ser feita. Quais os limites deste poder-dever? Caso os detentores do poder familiar usem-no de maneira indevi-

⁷ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

da, em discordância com os princípios e regras que regem a matéria, o próprio ordenamento jurídico oferece as sanções cabíveis. Vimos, então, que a liberdade de locomoção de crianças e adolescentes encontra limites desde o texto constitucional (reserva legal) até a legislação que a regulamenta, o Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil. No entanto, a questão sobre a possibilidade de restrição da liberdade de locomoção dos menores permanece, já que há a possibilidade de edição de uma lei que altere o ECA ou o Código Civil e acabe por incluir o “toque de recolher” em seus dispositivos. Por essa razão, não podemos descuidar da análise do aspecto substancial da restrição e não apenas a questão formal da legalidade.

A análise do âmbito material do direito de locomoção deve enfrentar a análise do “toque de recolher” sob o crivo do critério acima exposto. Adotar uma medida restritiva do direito fundamental ao direito de locomoção de crianças e adolescentes, para que em determinados horários os menores sejam proibidos de se locomover nos espaços públicos ou comunitários sem a companhia de um adulto responsável pelo menor, sob pena de “recolhimento” por uma força-tarefa composta de autoridades públicas, como integrantes do Conselho Tutelar, Polícias Militar e Civil, acompanhadas de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, contribui para o desenvolvimento saudável da personalidade humana, sob os aspectos físico, psíquico e moral? Ou o “toque de recolher”, pode configurar ação prejudicial para a evolução da personalidade das crianças e adolescentes?

A ciência jurídica não tem a resposta completa para esta questão. Pelo prisma do direito, há pelo menos dois direitos fundamentais em colisão: de um lado, o direito à liberdade de locomoção; de outro, o direito à vida (e aqui podemos incluir também à saúde) de menores de 18 anos. Há também outro direito que se opõe à liberdade de ir, vir e estar dos menores: o direito à segurança pública.

Quando o Poder Público decide interferir na liberdade de locomoção dos menores, busca atender ao princípio da proteção integral. Faz isso para afastar os jovens dos ambientes onde podem ficar expostos a maiores riscos às suas vidas e à sua saúde. Considera que todas as ruas, avenidas, praças, ou seja, todo e qualquer logradouro público da cidade são ambientes de risco a partir de certa hora. A defesa do direito de locomover-se livremente também se faz com base no mesmo princípio jurídico, qual seja, o da proteção integral da criança e do adolescente. Não se protege a liberdade do menor simplesmente para agradá-lo, e sim porque se entende que em ambientes democráticos e com liberdade a evolução do menor para a idade adulta ocorre de maneira mais favorável ao seu desenvolvimento.

Os direitos fundamentais estão positivados expressamente no texto constitucional e na legislação que os regulamenta, de modo que é preciso buscar apoio na teoria dos direitos fundamentais, especificamente no ponto que trata da colisão dos direitos fundamentais. Contudo, ainda assim, a ciência jurídica apresenta-se limitada e incapaz de resolver o problema a contento. Isso ocorre porque a verificação da proporcionalidade da medida restritiva do direito fundamental, regra pertinente no trato da colisão de direitos fundamentais, traz pressupostos que precisam ser preenchidos por dados exatos cuja comprovação científica seja possível.

Caso o intérprete não aja dessa maneira (buscando comprovações científicas para suas premissas), a interpretação descambaria para o vício do subjetivismo. Em outras palavras, sem aferição científica e sistemática dos dados que compõem os pressupostos da proporcionalidade em sentido amplo, a conclusão jurídica seria sempre relativa. A razoabilidade da interpretação em certo sentido seria tão válida quanto aquela posta em sentido contrário.

4.1 Máxima da proporcionalidade

4.1.1 Adequação

O princípio da proporcionalidade exige que a medida restritiva de direitos passe pelo filtro de três pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação diz respeito à idoneidade do meio eleito. Em outras palavras, a medida que pretende restringir direitos fundamentais deve ser apta a alcançar o fim pretendido. Antes, há que se fazer uma ressalva. No que diz respeito ao “toque de recolher”, entendemos que há uma premissa falsa em sua fundamentação. Alega-se que o acesso a todo e qualquer espaço público gera, necessariamente, um risco ao jovem. Esse risco, segundo os defensores da medida, é um risco anormal, mais grave que o risco ordinário a que estão sujeitos todos os que vivem na sociedade atual. Dessa forma, para atender-se ao princípio da proteção integral, impõe-se a limitação do direito de ir e vir, recolhendo-se o menor em espaços privados, em companhia de um adulto que lhe seja responsável. A argumentação exposta acima é frágil na medida em que não há provas substanciais de que o mero acesso às ruas gera risco certo e direito ao menor.

Há localidades em que menores reúnem-se em ruas próximas às suas residências, em tempos de férias escolares, para longos períodos de conversas entre amigos, brincadeiras e jogos. Mesmo que estejam próximos às suas casas, não há a presença de um adulto responsável. Nem por isso poderemos afirmar de

antemão que estão sob grave risco. É sabido que a juventude dos tempos atuais tem sofrido com o assédio de traficantes de drogas. Mas esse risco não tem horário fixo para acontecer. Mesmo à míngua de estatísticas, não é incomum vermos notícias televisivas dando conta de prisões de traficantes em porta de escola, na saída das turmas do período matutino.

O consumo de bebidas alcoólicas, do mesmo modo, muitas vezes se dá em festas diurnas, como ocorre durante as popularmente batizadas “micaretas”. Além disso, o cometimento de atos infracionais também parece ocorrer, em sua maioria, nos horários em que seria dada permissão aos jovens para transitar livremente pela cidade. Podemos citar, a título de exemplo, o levantamento realizado pelo Promotor de Justiça da Comarca de Bastos, que consta na tabela de representações inserida no anexo deste trabalho. Podemos concluir, então, que o “toque de recolher” é uma medida inócua para alcançar a finalidade a que se propõe, na medida em que ataca questões superficiais do problema que quer resolver.

As autoridades admitem que certas áreas da cidade estão sob o domínio do crime organizado e, por isso, proíbem os menores de circular em todas as regiões. Se o Poder Público reconhece que certos bares fornecem bebidas alcoólicas a menores, a solução está no fechamento dos estabelecimentos que descumprem a lei. Constata-se que traficantes vendem drogas em determinadas avenidas, não há outro meio para prevenir o risco aos adolescentes senão aumentar o contingente de policias no patrulhamento da área identificada.

O “toque de recolher” não subsistiria à análise da adequação, de modo que uma lei que o instituisse estaria eivada do vício da inconstitucionalidade. A despeito disso, a fim de dar continuidade à análise jurídico-científica da medida, passemos à verificação do elemento seguinte da regra da proporcionalidade, a necessidade.

4.1.2 Necessidade

Vencida a apreciação do pressuposto da adequação, insta verificarmos se a medida é realmente necessária. Necessidade, no âmbito da proporcionalidade, traz a ideia de inevitabilidade da medida. Em outros termos, a restrição faz-se necessária, para efeitos de aplicação do princípio da proporcionalidade, quando é a única disponível para solucionar a questão apresentada, ou, não sendo a única, é a mais eficiente e menos gravosa. Para que a necessidade se configure, é preciso que não haja outra medida apta a resolver a questão que não a medida restritiva de direitos fundamentais.

Neste ponto, o “toque de recolher” não resiste a uma apreciação técnico-

-jurídica. A diminuição de riscos aos menores deve ser buscada através da implementação de uma série de políticas públicas. Se o jovem está em ambiente onde ocorre tráfico de drogas, não haverá horário para livrá-lo deste risco. Nesta situação, a qualquer momento a polícia deverá efetuar a apreensão do menor e encaminhá-lo às autoridades competentes para sua tutela. Claro que sua condição peculiar impedirá a polícia de levá-lo em compartimento da viatura próprio para a prisão de adultos, além de outras formalidades a serem obedecidas pelo Delegado de Polícia, Conselho Tutelar, Ministério Público e Juiz de Direito. Mas, isso não impedirá as autoridades de afastá-lo do risco a que está exposto.

A segurança pública compreende uma série de medidas a serem planejadas e executadas pelos agentes públicos por ela responsáveis. O combate ao tráfico de drogas, a repressão aos estabelecimentos comerciais que fornecem bebidas alcoólicas a menores, o policiamento ostensivo nos espaços públicos, tudo está a contribuir para a diminuição dos riscos não só aos menores, como a toda a população. Por isso, não há que se falar em necessidade, em seu aspecto afeto ao princípio da proporcionalidade, da medida restritiva do direito fundamental da liberdade de menores de 18 anos em horários predeterminados, haja vista que há várias outras medidas que podem ser concretizadas para alcançar o fim pretendido.

Há, inclusive, previsão legal, no Estatuto menorista, da aplicação de diversas políticas públicas (art. 76), e na Constituição Federal (1988) que estabelece prioridade absoluta sobre outras medidas (art. 227). Além disso, o descumprimento reiterado dos deveres próprios do poder familiar acarreta a perda deste poder-dever atribuído aos pais ou responsáveis. Esta será a consequência em famílias desestruturadas, nas quais o menor não encontrasse ambiente adequado ao seu regular desenvolvimento. Pouco adianta remeter o menor para sua própria casa quando é nesta onde estão os problemas que desajustam o seu desenvolvimento. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o atendimento familiar como uma das medidas de atenção aos menores. Essa constatação corrobora o entendimento segundo o qual as políticas públicas de atenção à família e aos menores deve ter prioridade sobre medidas restritivas de direitos.

4.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A análise do terceiro pressuposto do princípio da proporcionalidade restaria prejudicado pela ausência da adequação e necessidade da medida. Não obstante, supondo, apenas por hipótese de argumentação, que encontrássemos a adequação e necessidade do “toque de recolher”, seria mister submeter a questão

ao critério da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, perquire-se se o benefício que se alcança com a medida é mais favorável que as limitações impostas.

A análise da proporcionalidade em sentido estrito não pode ser feita no plano teórico do direito positivado. Faz-se necessária a verificação de dados e elementos presentes no caso concreto. No caso em tela, não há uma lide, caracterizada por dois polos distintos que disputam determinado bem da vida. Trata-se do estudo da constitucionalidade de atos normativos genéricos e abstratos (portarias judiciais ou leis). De modo que, para bem procedermos à solução do problema aventado no presente trabalho, teremos que buscar informações fornecidas pela ciência que estuda o comportamento humano sob o prisma individual, a psicologia.

A solução só poderá ser encontrada se investigarmos as consequências práticas da aplicação do “toque de recolher” em sintonia com o fim que se quer alcançar. Busca-se a prevenção do risco pessoal a que podem estar submetidos os menores de 18 anos a partir de certo horário nos locais públicos. Afastando-se os riscos, atende-se aos direitos fundamentais à vida e à saúde dos menores, tudo em consonância com o princípio da proteção integral. Para preservar os direitos mencionados, restringe-se a liberdade de locomoção de crianças e adolescentes.

Ocorre que a literatura básica e fundamental da ciência da psicologia conclui que o desenvolvimento psíquico, físico e moral dos menores se dá de maneira mais regular e saudável em ambientes nos quais prevalecem as regras democráticas, ou seja, onde as opiniões, vontades e ações dos menores são consideradas como fundamentais para compor a formação da sua personalidade. “Há dados que confirmam a ideia de que o procedimento democrático promove um melhor desenvolvimento da criança do que o autocrático” (para estudos e revisões de estudos a respeito destes problemas, cf. Baldwin et. al. (1945); Adorno et al. (1950); Anderson e Anderson (1954); Landis (1954) e Watson (1957)⁸.

O ser humano passa por mudanças corporais, psíquicas e morais durante toda a sua vida. Isso não ocorre exclusivamente na infância e adolescência. O que há de particular nestas fases da vida humana é que nestes períodos as mudanças ocorrem em maior medida, intensidade e rapidez. Aliada a isso está a constatação de que a estrutura psicológica da criança e do adolescente não estão devidamente aparelhadas para enfrentar tantas mudanças, em vários aspectos. Essa realidade da existência humana leva o menor, sobretudo o adolescente, a enfrentar angústias

⁸ JERSILD, A. T. Psicologia da adolescência. 4ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969, p. 40.

existenciais. As crises deste período da vida são importantes fatores de desenvolvimento se o menor puder encontrar amparo na família e na sociedade.

As peculiaridades descritas acima devem ser sempre consideradas por todos aqueles que lidam com os menores, sejam familiares ou profissionais das diversas áreas que se ocupam das questões relativas a essa categoria de pessoas. O “toque de recolher” anda na contramão de todas essas considerações. A solução sedutora de simplesmente limitar direitos para proteger o próprio titular destes direitos não encontra respaldo nos estudos da psicologia, quando se tratar de limitações às liberdades dos menores. A preferência deve ser dada ao amparo e instrução das pessoas em desenvolvimento e, apenas em casos comprovadamente extremos, como quando o menor comete ato infracional grave ou se envolve com drogas, sua liberdade deve ser limitada pelo poder público.

A imposição de valores das pessoas cuja estrutura emocional já está suficientemente formada (adultos), a pessoas em desenvolvimento, sem levar em conta essa condição peculiar destes, pode gerar distorções que ponham em risco o regular desenvolvimento dos menores.

Com certa frequência, pais, responsáveis e profissionais que atuam na área menorista temem tratar os menores com a prevalência do valor liberdade. Acreditam que a autoridade é capaz de conduzir os menores a um grau de obediência que lhes possibilite absorver os valores do mundo adulto. Ignoram que as crianças e os adolescentes serão adultos plenos se tiverem a colaboração do ambiente em que vivem para superar as crises próprias da fase pela qual atravessam. O “toque de recolher” fere o direito de igualdade dos menores ao desconsiderar individualidades; desrespeita o princípio da presunção de não-culpabilidade quando profere julgamento *a priori* sobre todo e qualquer menor, classificando-os como infratores, até que se prove o contrário; não leva em conta a diversidade de impulsos naturais que acometem o menor durante a infância e, principalmente, a adolescência.

A psicologia oferece conclusões no seguinte sentido: o desenvolvimento sadio dos menores exige que se leve em conta a autodeterminação destes, antes de aplicar medidas que os pressionem a adotar determinados comportamentos. Conforme Jersild (1969),

É com base na suposição de que existe uma liberdade de escolha que os seres humanos comuns aceitam a noção de que podem agir acertadamente ou erradamente. É por causa da experiência de escolher que a criança, desde

a mais tenra idade, sente-se responsável por suas ações. É por causa desta convicção que os educadores e os alunos acreditam que a capacidade de fazer escolhas acertadas pode ser cultivada. (Ibid., p. 27)

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê medidas restritivas de liberdade de locomoção dos menores em caso de cometimento de atos infracionais. Mesmo estas devem atender ao princípio de brevidade e excepcionalidade. Com efeito, atende de modo mais proveitoso ao princípio da proteção integral a consideração do menor como pessoa em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Essa consideração se dá quando família, comunidade, sociedade e Poder Público agem levando-se em conta todas essas informações fornecidas pela ciência da psicologia.

O “toque de recolher” é desproporcional porque ignora as nuances apresentadas pela vida humana durante a infância e a adolescência. “Se o adolescente quiser ‘achar-se a si mesmo’ e entrar no gozo de seu direito inato como indivíduo distinto dos demais, lhe é essencial não se conformar pura e simplesmente. Para tornar realidade as suas potencialidades, ele tem de ser uma pessoa e não só uma parte; um ser humano e não apenas um dente na engrenagem de uma máquina social impessoal. (JERSILD, 1969, p.354.)

Os psicólogos denominam a transição da infância para a adolescência como o período da latência.

A latência é o preparo para a entrada na floresta que os clássicos infantis tão bem sabem contar. Nestes, quando mantido o enredo original, é a mãe (e não a madrasta) quem incita os filhos a espreitar porta afora. A boa mãe, aquela que crê que um mundo está à espera de seus pimpolhos, para além das historinhas de dentro de casa. Aquela que, sustentada simbolicamente pela figura paterna, acredita que é hora de novas experiências e que seus filhos estão prontos para outras explorações. Sim, eles podem! Essa abertura é fundamental, pois permite ao sujeito que os restos da infância sejam ressignificados, conferindo-lhes novos sentidos; sobretudo que, dali em diante, possam ser feitas narrativas cada vez mais sustentadas em seu próprio nome. (In: Revista *O olhar adolescente – os incríveis anos de transição para a idade adulta*. v. 2. São Paulo: Duetto Editorial, 2008, p. 17)

Tal transição não ocorre sem sobressaltos e crises. Adotar posturas próprias do mundo adulto, tendo ainda uma estrutura psíquica ainda em formação, gera uma série de desafios ao adolescente, aos pais, responsáveis e ao Poder Público.

É esse novo olhar, que vem acompanhado de certa agressividade e mesmo de rebeldia, que dará ao adolescente os instrumentos necessários para que possa ir da casa à rua, abraçar o mundo com suas ambiguidades, irregularidades e até atrocidades – e também nesse mundo construir sua inserção, tanto subjetiva quanto social, ocupando o papel que lhe pertence. (Revista *O olhar adolescente – os incríveis anos de transição para a idade adulta*. v. 2. São Paulo: Duetto Editorial, 2008, p. 18)

O desafio não é apenas daquele que adolece, mas sim, também de toda a família que o rodeia.

O gradual afastamento do adolescente em relação às figuras parentais e aos educadores demanda que o adolescente encontre na sociedade outros modelos e valores sólidos nos quais possa se apoiar até a consolidação da identidade. (idem, p. 21)

É de vital importância para o saudável desenvolvimento do adolescente a interação com o mundo real que o espera fora da redoma de fantasia e introspecção que o ambiente familiar geralmente lhe proporciona.

Guardadas algumas diferenças de gênero, de classe e de grupos, a conquista da individualidade e da autonomia passa pela progressiva apropriação do espaço público, ou seja, pela transição dos espaços privados, protegidos e regrados da casa e da escola para o cenário polifônico, contraditório, plural das ruas. Agora, as relações socioafetivas do adolescente não são mais direcionadas pelas escolhas dos pais ou restritas às alternativas disponíveis no cenário social mais próximo. Os vínculos se constituem por meio de novas práticas sociais e sistemas de atividades que ele passa a integrar, com outros parceiros e grupos. (p. 21-47)

A crescente sensação de insegurança pública pode constituir-se em obstáculo à formação de uma personalidade sadia, na medida em que induz os jovens ao confinamento de condomínios e *shopping centers*, prejudicando o seu desenvolvimento psicossocial.

A diminuição dos ambientes públicos de convivência e interação espontânea e a migração da vida social para espaços privados, por meio do confinamento em apartamentos, automóveis e shopping centers, concorreram para minimizar as possibilidades de contato entre os indivíduos, ampliando a tensão entre os grupos. Esse fenômeno afeta a todos, de crianças aos mais velhos, e principalmente

os adolescentes, contribuindo para exacerbar o individualismo e a competição que, tipicamente medeiam as relações sociais no capitalismo. À medida que os espaços públicos se tornam arriscados e ameaçadores e os indivíduos se sentem seguros só se confinados em lugares privados ou protegidos em condomínios ou shopping centers, o diferente passa a ser visto com desconfiança. As relações ganham matizes de tensão, e entre os jovens acirram-se rivalidades e disputas individuais e grupais.” (*O olhar adolescente – os incríveis anos de transição para a idade adulta*. Volume 2. Duetto Editorial, 2008, p. 22-23).

A necessidade de estabelecer parâmetros próprios, abandonando os padrões maternos e paternos, é inexorável. Ainda que a criação e educação dos jovens seja rígida e sua liberdade de locomoção acabe por ser restringida, não há como impedir a busca pelo delineamento da própria personalidade. Todas essas nuances do mundo infantil e, sobretudo, adolescente, requerem tratamento específico a ser dispensado a essa categoria de pessoas. Não há por que alarmar-se. Pais, responsáveis e profissionais que trabalham com menores devem estar preparados para lidar com essa realidade. Daí a necessidade de tratamento diferenciado dado pelo ordenamento jurídico.

A restrição da liberdade de ir e vir deve ser fundamentada no princípio da proteção integral. E a proteção integral deve se realizar com a consideração de que os menores de 18 anos são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Seguindo o raciocínio exposto até aqui, constatamos que o “toque de recolher” restringe a liberdade de locomoção de modo desproporcional, uma vez que, de um lado, ataca questões periféricas do problema, que é a diminuição dos riscos à vida e à saúde dos menores e, de outro, impõe gravame exagerado ao cercear o livre trânsito de toda e qualquer criança e adolescente, sem nenhum critério mais específico além da idade dos jovens. Desconsidera questões individuais relevantes, como o fato de um menor estudar em cidade vizinha, no período noturno e ter que se locomover para o seu lar após o horário permitido. Ignora nuances de natureza sócio-econômica, dando pouca importância para o fato de que jovens de classes sociais diferentes recebem criação e educação que lhes conferem valores diversos. Como aplicar o “toque de recolher” em uma favela de 77 mil habitantes, como é o caso da favela de Paraisópolis, situada na capital de São Paulo?

Conforme Pfromm Netto (1977), em *Problemas da Adolescência*,

As normas de cultura de classe baixa, por exemplo, diferem, em muitos aspectos, das normas que prevalecem na cultura de classe média. Assim, um adolescente favelado, que age em perfeito acordo com os valores e normas

de seu sistema particular de referência, pode estar exibindo um comportamento violador de normas de suma gravidade, segundo um observador cujo ponto de referência represente os valores de outro sistema [...]. A severidade da violação das normas, portanto, é parcialmente determinado pelo sistema institucional dentro do qual a violação ocorre. (p. 292).

E mais, o “toque de recolher” fere o princípio de presunção de inocência, também aplicado à questão menorista. Todo e qualquer menor encontrado nas ruas a partir de certo horário, desacompanhado de um adulto responsável, torna-se, presumidamente, um suspeito. Para a formação da personalidade do jovem, basta este tratamento para estigmatizá-lo. A reação psíquica só pode ser negativa. Se o jovem tiver uma personalidade tendente ao conformismo, reprimirá os sentimentos negativos decorrentes da pecha de incapaz e irresponsável que lhe recairá; se tiver índole rebelde, muito provavelmente desafiará as imposições da lei, pondo-se em risco de cometer algum ato infracional ou de ver-se privado de poder familiar. De qualquer modo, as consequências serão negativas e será simples constatar que se trata de um caso de restrição de liberdade prejudicial ao seu titular.

A intenção é louvável, não há dúvidas. A despeito disso, não basta querer proteger o adolescente, é preciso eleger os meios adequados, necessários e proporcionais para isso. O “toque de recolher” traz mais prejuízos que os benefícios que pretende alcançar. A ciência da psicologia apresenta posições sólidas neste sentido.

Todos os argumentos e dados apresentados até aqui tornam evidente que o “toque de recolher” não atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que, ao restringir a liberdade de locomoção de crianças e adolescentes - ignorando a riqueza de particularidades que a personalidade humana apresenta na infância e na adolescência - gera muito mais probabilidades concretas de risco ao saudável e regular desenvolvimento físico, psíquico e moral de crianças e adolescentes do que aqueles que pretende evitar com a implementação da medida restritiva.

5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a realizar uma análise crítica, sob a ótica constitucional, da medida restritiva da liberdade de locomoção de crianças e adolescentes denominada “toque de recolher”. Por meio desta medida, o Poder Público proíbe o livre trânsito de menores de 18 anos nos espaços públicos a partir de determinado horário, todos os dias, exceto se houver a companhia de um

adulto responsável pelo menor. Não há notícia de que haja lei implantando esta medida. Até o momento, o “toque de recolher” foi imposto por juízes de direito, por meio de portarias judiciais. Instado a se manifestar, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que os Tribunais de Justiça dos Estados deverão se ocupar da matéria, de modo que as portarias judiciais continuam em vigor.

A análise empreendida nesta monografia teve início com o estudo das normas constitucionais e legais que regulam a situação jurídica de crianças e adolescentes. O desenvolvimento histórico da legislação menorista caminhou de um modelo autoritário, que considerava o menor como objeto de direitos, para outro mais avançado, que trata a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Essa inspiração adveio dos documentos internacionais que foram produzidos nas organizações mundiais. A Constituição Federal (1988) adotou a doutrina da proteção integral. O Código de Menores (1979) perdeu seu fundamento de validade. O legislador infraconstitucional editou o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que regulamentou a matéria. Diante do atual ordenamento jurídico, a criança e o adolescente são titulares de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (1988). Direitos fundamentais são todos aqueles necessários ao desenvolvimento das potencialidades humanas dos indivíduos que compõem o elemento humano do Estado.

O direito à liberdade de locomoção, positivado na Carta Magna do Rei João Sem-Terra, na Inglaterra de 1215, e amplamente prestigiado nas constituições democráticas produzidas a partir do século XVIII, constitui-se num direito fundamental que pode ser exercido contra o arbítrio estatal.

O “toque de recolher” pretende restringir o direito de locomoção de menores de 18 anos a fim de garantir-lhes proteção integral. Foi preciso dividir a análise do tema, visto que há questões formais e materiais a serem consideradas. Pelo estudo do aspecto formal, afastou-se a possibilidade de efetivação do “toque de recolher” por meio de portarias judiciais, uma vez que são atos genéricos e abstratos, excepcionais para o Poder Judiciário.

Como são excepcionais, devem ser interpretados restritivamente. O intérprete deve cingir-se às hipóteses admitidas pelo ordenamento jurídico. Analisando-se a Constituição Federal (1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código Civil (2002) e as normas que regulamentam a atuação judicial no Estado de São Paulo, não foi possível identificar autorização para a edição do “toque de recolher” por meio de portarias judiciais. Para o caso, há reserva legal absoluta, isto é, a restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção de crianças e adolescentes só pode se dar, no aspecto formal, por meio de lei em sentido estrito.

Contudo, ainda assim fez-se necessária a análise do aspecto material. A lei que veiculasse o “toque de recolher” deveria apresentar fundamento constitucional.

Surge, então, uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, o direito à vida e à saúde das crianças e adolescentes; de outro, a sua liberdade de locomoção. O conflito de direitos fundamentais tem sido um dos mais candentes na doutrina constitucionalista contemporânea. Diversas são as fórmulas que pretendem solucioná-lo. Dentre elas, uma que vem ganhando cada vez mais prestígio na doutrina e na jurisprudência atuais é a regra da proporcionalidade (também conhecida como princípio da proporcionalidade). Robert Alexy (2008) é um de seus expoentes.

O autor alemão, ao formular uma teoria dos direitos fundamentais, tratou das particularidades da regra da proporcionalidade como forma de solução da colisão de direitos fundamentais. Segundo a teoria dos princípios de Alexy, o ordenamento jurídico é composto por normas de duas natureza distintas: regras e princípios. Regras regulam direitos; princípios são mandamentos de otimização. Em ocorrendo conflito de regras, resolve-se usando o critério da validade e uma das regras deve ser retirada do ordenamento jurídico. Utiliza-se a técnica da subsunção. Princípios, caso colidam, não são excluídos do ordenamento jurídico. Neste caso, ocorrerá uma cessão de um princípio em favor do outro, sob certas circunstâncias do caso concreto. Trata-se da técnica do sopesamento.

Os direitos fundamentais abordados no presente trabalho têm natureza de princípios. Por isso, a solução de conflitos de direitos fundamentais deve ser alcançada por meio do sopesamento. O “toque de recolher” não demonstrou fundamentação constitucional em nenhum dos três elementos da regra da proporcionalidade. Não é adequado, posto não ser apto a afastar os menores dos riscos da violência e do consumo de substâncias que causem dependência psíquica e física, sejam lícitas ou ilícitas. Um adolescente que pretenda consumir drogas não o fará somente após certo horário. Também não há comprovação científica que os menores consumam mais álcool, entorpecentes ilícitos ou cigarros a partir de determinado horário. Então, a restrição à liberdade de locomoção dos menores ataca pontos superficiais e periféricos do problema. Também não é necessário o “toque de recolher”, já que é medida de duvidosa eficiência, mas cuja restrição de direitos fundamentais é certa.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem expressamente a prioridade de políticas públicas em benefício dos menores. O “toque de recolher” é mais gravoso que políticas públicas de atenção ao menor e acaba gerando maiores riscos à formação regular do desenvolvimento físico, psíquico e moral dos menores.

Por último, a medida restritiva em estudo não atende à proporcionalidade em sentido estrito. Para que pudesse atendê-la, seria preciso que satisfizesse ao máximo os direitos fundamentais, ou melhor, que os sacrificasse o mínimo possível. Isso não ocorre, pois na medida em que o “toque de recolher”, a pretexto de defender a vida e a saúde de crianças e adolescentes, intervém em sua esfera individual, restringindo-lhes a liberdade de locomoção, acaba por prejudicar o desenvolvimento psíquico e moral dos jovens.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.292.143, com voto da lavra do Ministro Relator Teori Albino Zavascki, entendeu que a portaria do juiz de direito (no caso, o juiz de direito da comarca de Fernandópolis) desbordou dos limites inerentes à natureza de uma mera portaria, o que a torna ilegal.

A proteção integral é o objetivo a ser buscado. A vida, a saúde e a liberdade devem ser garantidos ao máximo pelo Poder Público. Isso só acontecerá se for levada em conta a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. O estudo da literatura da ciência da psicologia demonstra que, salvo casos extremos - e para estes o ECA restringe validamente a liberdade de locomoção - a vida e a saúde dos menores será protegida em condições de liberdade.

Diante de todo o raciocínio exposto nesta monografia, conclui-se que há uma premissa falsa na fundamentação do “toque de recolher”, pois ficou constatado que a liberdade de locomoção, por si só, não põe em risco a vida ou a saúde de crianças e adolescentes. Alta taxa de criminalidade se combate com políticas voltadas à segurança pública. O consumo de bebidas e drogas por crianças e adolescentes se ataca por um conjunto de políticas públicas interdisciplinares.

A decretação do “toque de recolher” acarreta o efeito contrário daquele que se pretende obter, pois a ciência da psicologia comprova por estudos fundamentados na experiência prática que o desenvolvimento sadio e regular da personalidade humana, durante a infância e a adolescência (sobretudo nesta segunda fase), ocorre em ambientes nos quais o valor liberdade prevalece sobre o valor autoridade. Desse modo, o “toque de recolher” não subsiste a qualquer dos três elementos da regra da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – o que leva à conclusão de que se trata de medida inconstitucional.

Abstract

Crime rates observed in the current Brazilian society reach unreasonably high levels. Despite the number of causes that can be identified, one generates an alert even greater: the growing presence of children under 18 in the statistics on violence and drug use. Taken by this concern, some judges of law decided by means of judicial order generic and abstract, adopt measures restricting the right of locomotion in children and adolescents, to be applied at certain times (“curfew”). Scientific research developed in this work perquiriu on the constitutionality of such legal action. For this, we studied the formal questions about the authority to edit rules that will limit the right above, wondering if the matter undergoes legal reserve absolute or relative. But if the possibility of limiting the right to come and go from under 18 can be refused when conveyed by judicial act with the force of law, the doubt remained about the constitutionality of that restriction is held by the legislature. It was necessary to study the material aspects of fundamental rights. For this the German constitutional doctrine contributed greatly to the ideas of the regulatory area and protection area. The contribution of German doctrine was not exhausted this topic, since it is always essential to study the restriction of fundamental rights analysis of the proportionality rule, which was not different in this monograph. At the end, we sought to conclude about possible or not to restrict the right of locomotion under 18 to deliver them from risky situations and admitting the possibility, which means to do it and where hypotheses, extent and intensity can be achieved without offense to constitutional and democratic rule of law.

Keywords: Fundamental rights. Right of locomotion. Restriction.

Referências bibliográficas

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

BRASIL. **Código de Menores**. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

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

CARDOSO, O. B. **Problemas da adolescência**. 6ª ed. São Paulo: Melhoramento, 1969.

CHAUÍ, M. **Convite à filosofia**. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2003.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CURY, M. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DEL-CAMPO, E. R. A.; OLIVEIRA, T. C. de. **Estatuto da criança e do adolescente**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. (s. Leituras Jurídicas)

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

GOMES, L. F. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JERSILD, A. T. **Psicologia da adolescência**. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

MARINONI, L. G. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, G. F. ; MÁRTIRES COELHO, I.; GONET BRANCO, P. G. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/home_interna>. Acesso em: 10 fev. 2009.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLHAR adolescente, O – Os incríveis anos de transição para a idade adulta. v. 2. São Paulo: Duetto Editorial, 2008.

- PFROMM NETTO, S. **Problemas da adolescência**. 8ª ed. São Paulo: Pioneira, 1977.
- PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SILVA, V. A. da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009
- TELLES JUNIOR, G. **A criação do direito**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

Anexo

CAPÍTULO XI - DOS OFÍCIOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E DOS SERVIÇOS AUXILIARES: itens 1 a 76

Seção I - Dos Serviços da Infância e da

Juventude: itens 1 a 5

Seção II - Dos Livros: itens 6 a 16

Seção III - Dos Procedimentos: itens 17 a 22-G

Subseção I - Da Execução de Medidas Sócio-Educativas: itens 22-A a 22-G

Seção IV - Dos Serviços Auxiliares: itens 23 a 40

Subseção I - Do Serviço Social e de Psicologia: itens 24 a 28

Subseção II - Centro de Visitas Assistidas do

Tribunal de Justiça - CEVAT: itens 29 a 32

Subseção III - Do Serviço Voluntário: itens 33 a 40

Seção V - Das Autorizações para Viagem: itens 41 a 44

Seção VI - Da Adoção: itens 45 a 52

Subseção I - Do Cadastramento em Juízo: itens 45 a 52

Seção VII - Da Distribuição e dos Ofícios de Justiça Informatizados das Varas Especiais da Infância e Juventude da Capital: itens 53 a 72

Seção VIII - Da Fiscalização das Entidades de

Atendimento a Crianças e Adolescentes: itens 73 a 76