

## Toque de Cidadania

### **Rosinei Paes Anselmo**

Bacharel em Direito e especialista em Interesses Difusos e Coletivos Afetos à Infância e Juventude, Idosos e Pessoas com Deficiência. Comissário da Infância e da Juventude da comarca de Tubarão.

*O grande perigo de nossa sociedade é que seus mecanismos ficam cada vez mais rígidos enquanto seu espírito é cada vez menos confiável. Os atos menores do homem devem ser livres, flexíveis e criativos; e a rigidez ser reservada para seus princípios e ideais.*

(G.K. Chesterton)

A grande tragédia humana é que repetimos os mesmos erros. Basta olharmos para a história da humanidade, para constataremos a retomada de pensamentos e posturas ultrapassados e odiosos.

Em pleno século XXI, deparamo-nos com práticas que remontam ao período medieval e ditatorial nas questões relacionadas ao direito da criança e do adolescente.

Questão que comprova essa situação é o toque de recolher – proibição de circulação de crianças e adolescentes nas ruas no período noturno, adotado em algumas cidades do país, por meio de lei municipal ou por portaria de juízes da Infância e da Juventude.

A medida é um retrocesso que retoma o pensamento da idade média e do “período de chumbo”, segundo o qual os direitos e garantias individuais eram ignorados, notadamente no que diz respeito à criança e ao adolescente.

O toque de recolher, no seu conteúdo, remete ao Código de Menores de 1979 (editado durante a Ditadura Militar, e revogado pelo art. 267 da Lei 8.069/1990), que consagrou a Doutrina da Situação Irregular, que não considerava a criança e o adolescente como pessoas de direitos, consagrando um sistema de atendimento assistencialista e paternalista, em que o “juiz de menores” podia, de forma arbitrária, dispor dos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes:

Art. 8º - A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas na Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Os defensores da medida alegam que o toque de recolher é um instrumento de proteção, mas para isso se utilizam de medidas coercitivas e restritivas da liberdade, como aconteceu com o AI-5, criado durante a Ditadura Militar, na qual o toque de recolher também era utilizado como forma de proteção à sociedade. Toda medida autoritária é justificada com boas intenções na propaganda de governos totalitários.

O toque de recolher abre precedentes para que outros direitos civis sejam usurpados em nome da segurança. Devemos proteger a população infanto-juvenil, mas não podemos tolerar o desrespeito aos nossos direitos.

Recai sobre o toque de recolher inconstitucionalidades materiais, tais como: desrespeito à dignidade da pessoa humana; violação a direito fundamental de intimidade e liberdade, além da afronta à competência legislativa para legislar sobre o direito da criança e do adolescente.

Segundo Daniel Sarmiento, “é lícito afirmar que todo e qualquer ato normativo, administrativo ou jurisdicional que se revelar atentatório à dignidade humana será inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não colida frontalmente com qualquer dispositivo constitucional (A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 81 - 82).”

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes esclarece:

Os direitos individuais, enquanto diretos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata). Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldados em expressa autorização constitucional. (Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 227 - 228).

Ao se tolher os direitos fundamentais, além de se observar os pressupostos de existência de autorização constitucional, deve-se respeitar a Teoria do Núcleo Essencial e o Princípio da Proporcionalidade.

Sobre a Teoria do Núcleo Essencial, ensina Ricardo Lobo Torres:

há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal e que ainda exige prestações estatais positivas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indígenas podem ser privados (A cidadania multidimensional na era dos direitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266 - 267).

Quanto ao Princípio da Proporcionalidade previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, assevera Daniel César Azevedo Avelino:

Tradicionalmente, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade teve aplicação ampla no que tange ao controle da atuação do Poder Executivo sendo que, atualmente, é praticamente pacífico, também, a possibilidade de sua aplicação como critério controlador dos atos do Poder Legislativo. Ora, o princípio da proporcionalidade – e a esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita os cerceamentos aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição e estreita, assim, o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis (Razoabilidade e proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>).

O Município não pode legislar sobre proteção à criança e ao adolescente, conforme art. 24, XV, da Constituição Federal. Ao Município cabe o dever de organizar os serviços essenciais à sua população (art. 30, Constituição Federal).

Assim, o toque de recolher, tal como elaborado, atenta aos comandos constitucionais, não tendo a restrição ao direito de ir e vir de crianças e adolescentes respaldo na Constituição Federal, por desrespeito à Teoria do Núcleo Essencial e ao Princípio da Proporcionalidade, além do vício de origem quanto a sua elaboração, fatos que comprovam sua inconstitucionalidade material.

Além da inconstitucionalidade, a medida não encontra amparo na legislação infraconstitucional. Embora a Lei n. 8.069/1990, no seu art. 16, I, preveja a possibilidade de limites legais ao exercício do direito de liberdade e o art. 74 regulamente as diversões e espetáculos públicos, o poder regulamentar do juiz da Infância e da Juventude é restrito às hipóteses do art. 149, sendo proibido a edição de portarias ou alvarás de caráter geral.

Fazendo uma leitura atenta do art. 149 da Lei n. 8.069/1990, não há restrição da permanência de criança e adolescente em bares e locais públicos de livre circulação. Desta forma, não pode o juiz, por portaria, restringir à criança e ao adolescente o acesso a estes locais por falta de previsão legal. Portaria não é lei, e, desta forma, não pode restringir a liberdade do indivíduo.

Conforme inteligência do art. 3º da Lei n. 8.069/1990, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, não podendo lei federal, estadual, municipal, ou portaria, restringir direitos que não possam ser limitados aos adultos. Diante das garantias constitucionais e legais da cidadania, é ilegal e abusivo impor toque de recolher a qualquer pessoa.

Dessa forma, não pode lei municipal, ou juiz, proibir a liberdade de crianças e adolescentes nas ruas, ferindo o direito de liberdade. Nenhuma autoridade, legislativa, executiva ou judiciária pode apreender criança ou adolescente que descumpra o toque de recolher, sob pena de incorrer em abuso de poder, e responder pelo art. 230 da Lei n. 8.069/1990.

Os direitos fundamentais, de vida, igualdade, liberdade e dignidade são válidos para todas as pessoas, independentemente de nacionalidade, etnia, religião ou idade. A garantia da liberdade para crianças e adolescentes encontra legitimidade em documentos históricos que promovem a dignidade da pessoa humana.

O toque de recolher é totalmente contrário aos princípios consagrados na Declaração de Genebra sobre Direitos da Criança de 1929; na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989.

Entidades que se preocupam com o direito da criança e do adolescente já se posicionaram contra o toque de recolher, como o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do adolescente (Conanda), importante órgão nacional do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, que aprovou em sua 175ª assembléia parecer contrário à medida:

O procedimento contraria a Doutrina da Proteção Integral, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em vigor no Brasil por meio da Lei 8.069/90 (ECA) e a própria Constituição Federal, tendo em vista a violação do direito à liberdade. A apreensão de crianças e adolescentes está em desconformidade com os requisitos legais por submeter crianças e adolescentes a constrangimento, vexame e humilhação (art. 5º e 227 da CF e arts. 4º, 15, 16, 106, 230 e 232 do ECA). Volta-se a época em que crianças e adolescentes eram tratados como “objetos de intervenção do Estado” e não como “sujeitos de direitos”. A medida significa um retrocesso, tendo em vista que nos remete à Doutrina da Situação Irregular do revogado Código de Menores e a procedimentos abusivos como a “Carrocinha de Menores” e outras atuações meramente repressivas executadas por Comissariados e Juizados de Menores.

Por trás do discurso altruísta de proteção e da erradicação da violência, existe o caráter de limpeza social e perseguição, criminalizando crianças e adolescentes. O toque de recolher, de forma preconceituosa, trata a criança e o adolescente como uma fase problemática da vida humana, ferindo o seu *status* constitucional de sujeitos de direitos (art. 227 da Constituição Federal).

Segundo nota publicada pelo Fórum Colegiado Nacional de Conselheiros Tutelares (FCNCT), a medida não vai resolver o problema da violência, pois apenas 0,6% da população jovem está envolvida em atos contra a sociedade. Ao tentar reduzir o índice de atos infracionais cometidos por adolescentes, a decisão acaba afetando toda a população com menos de 18 anos. A rua é um espaço de sociabilidade de crianças e adolescentes, portanto, um direito que não pode ser restringido. É um direito de qualquer

peessoa ir e vir em seu país a qualquer hora. Não cabe a ninguém controlar o horário de um cidadão livre.

Os menores de 18 anos que estão na rua sem cometer crime não podem ser tolhidos na sua liberdade, pois não há previsão legal que tipifique como crime o hábito noturno. A justificativa de que neste horário as crianças e os adolescentes são expostos a drogas, à prostituição e à violência é equivocada, pois os jovens são submetidos a tais situações a qualquer hora do dia, e basta caminharmos pelas ruas de qualquer cidade que vamos nos deparar com crianças e adolescentes em situação de risco em plena luz do dia.

O toque de recolher vai de encontro com ao art. 227 da Constituição Federal, que diz ser dever da família, da sociedade e do Estado o respeito aos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. A medida reduz a garantia de direitos, como forma de desviar a responsabilidade do Poder Público pela falta de políticas consistentes relacionadas à violência, ao tráfico de drogas e a programas sociais. Tal situação demonstra a total ineficiência do Estado no cumprimento do que determina a Lei n. 8.069/1990. Isso confirma o pensamento do poeta americano T.S. Eliot: “entre a criação de uma lei e sua implementação, cai a sombra.”

O Conanda em seu parecer contrário ao toque de recolher critica:

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

É um direito dos jovens a convivência comunitária (art. 16, V, da Lei n. 8.069/1990) e o acesso aos logradouros públicos, e dever dos adultos tornar esses espaços um ambiente livre dos problemas sociais contemporâneos. Devemos, sim, é responsabilizar o Poder Público pela sua

omissão histórica na efetivação de políticas públicas que garantam qualidade de vida para os cidadãos.

Em respeito ao Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal, não pode haver interferência do Estado sobre a vida privada e a intimidade dos cidadãos. Tal proibição está prevista no art. 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Desta forma, cabe aos pais, e não ao Estado, estabelecer a forma como vão educar os seus filhos e ensinar a eles o uso responsável da liberdade. Mas isso não quer dizer que possam ocorrer abusos sem que o Poder Público tenha direito de intervir na conduta dos pais. A legislação já prevê medidas para punir eventuais excessos (Constituição Federal, art. 229; Código Civil, arts. 1.637 e 1.638; Código Penal, arts. 224, 246; Lei n. 8.069/1990, arts. 129 e 130). As crianças e adolescentes que cometerem algum ato contrário à ordem social serão responsabilizados, civil, penal e administrativamente, se tal conduta encontrar correspondência com os adultos, respeitado sua condição de pessoas em desenvolvimento, conforme legislação especial (Lei n. 8.069/90).

Segurança pública não se faz só com polícia e medidas restritivas. Mas também com investimento na área social e na educação. A questão que envolve criança e adolescente deve ser abordada sob o foco do Sistema de Garantias de Direito e da Rede de Proteção. Nesse sentido é o posicionamento do Conanda:

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

As Câmaras de Vereadores, em vez de ficar preocupadas em fiscalizar crianças e adolescentes, deveriam cobrar do Poder Executivo ações e programas de orientação e apoio sócio-familiar (art. 91, I, da Lei n. 8.069/1990), através das Secretarias de Assistência Social dos municípios (arts. 203, I e II, da Constituição Federal; e art. 88, I, da Lei n. 8.069/90), para que os direitos e garantias de crianças e adolescentes que estejam pelas ruas sejam respeitados.

E nessa política de municipalização do atendimento, a participação dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente é fundamental (art. 204, da Constituição Federal), pois cabe a eles fomentar políticas públicas na área da infância e da juventude e fiscalizar a utilização dos recursos do Fundo da Infância e Adolescência – FIA, que são destinados ao custeio de programas voltados para a população infanto-juvenil (arts. 88, II, 214, 260 e 261 da Lei n. 8.069/1990).

Consta do parecer do Conanda:

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

A criança e o adolescente devem ser tratados como cidadãos, não sendo tolerada qualquer forma de negligência ou desrespeito. Não se pode mais tolerar esse tipo de medidas que aviltam a dignidade humana, e que desconsideram a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Embora sofram algumas limitações, pela própria idade, as limitações não se referem aos direitos fundamentais. Sendo sujeitos de direitos, crianças e adolescentes têm garantidos seus direitos subjetivos, que não podem ser tolhidos pelo Estado. Por isso, é limitado o poder de ingerência do Estado na esfera particular.

Com a Lei n. 8.069/1990, que instituiu a Doutrina da Proteção Integral, velhas posturas que tratavam crianças e adolescentes como objetos de tutela da família, da sociedade e do Estado, sendo constantemente alvos de

medidas de intervenção, sempre sobre o argumento da “proteção”, não encontram mais convalidação. A doutrina da Situação Irregular é contrária aos mandamentos constitucionais de cidadania.

Quando falamos de cidadania, estamos falando do ser humano e de sua relação com os outros seres humanos em sociedade. É a capacidade de o indivíduo participar da vida da sua cidade, de agir politicamente, transformando a cidade e se transformando a partir dela. A cidadania não se constrói com restrições e constrangimentos, pois a liberdade é pressuposto do exercício da cidadania.

A Lei n. 8.069/1990 garante o exercício da cidadania às crianças e aos adolescentes (art. 3º), responsabilizando a família, a comunidade e o Estado pela sua efetivação (art. 4º). Determina que a sociedade deve implementar os direitos da criança e do adolescente (art. 86) e estabelece sanções para os que promovam a privação desses direitos (arts. 225 a 258).

Com a Doutrina da Proteção Integral, em situação irregular, está a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar; o Estado que não cumpre as suas políticas sociais básicas em prol das crianças e dos adolescentes. Os problemas da infância e juventude estão condicionados pela ação ou omissão dos adultos. Quando nossa população juvenil encontra-se desprotegida, será o adulto que estará em situação irregular, e não a criança.

É necessário um investimento nas políticas sociais básicas, como educação e saúde. Precisamos diminuir a distância entre a lei e a realidade, e isso se dá melhorando nossa sociedade, para que se aproxime cada vez mais do que dispõe a legislação. E para isso temos que mudar o nosso padrão cotidiano de agir.

O entendimento de que crianças e adolescentes devem ser respeitados na sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, de que são sujeitos de direitos exigíveis com base na lei e de que são prioridades absolutas, exige um reordenamento em termos de conteúdo e gestão no trato das questões ligadas à infância e juventude.

A ética e o respeito aos direitos individuais devem estar sempre presentes nas ações direcionadas à infância e à juventude, e principalmente, nos princípios consagrados na Constituição Federal e na Lei n. 8.069/1990,

para que se possa dar condições de um desenvolvimento sadio às crianças e aos adolescentes, contribuindo, desta forma, para a construção de um país mais justo, igualitário e livre.