

LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO TOQUE DE RECOLHER NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

FREEDOM OF LOCOMOTION AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE COLLECTION TOUCH OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PARADIGM

NOLASCO, Raphael Luiz de Oliveira¹

RESUMO

O presente estudo trata da Inconstitucionalidade do Toque de Recolher para Crianças, Jovens e Adolescentes. Demonstrando de forma pormenorizada a concepção da personalidade civil, sendo este o momento que o ser humano adquire direitos e deveres, e sua impossibilidade de renúncia. Demonstrou os direitos fundamentais e os direitos assegurados às crianças, jovens e adolescentes, previsto no Decreto nº 8.069/90 que guarnecem de proteção no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, após detida explanação das liberdades asseguradas aos magistrados, foram analisadas as Portarias editadas, fazendo com que ao realizar a interpretação semântica dos dispositivos legais, consubstanciando esta, a uma Portaria escassa de constitucionalidade ao arripio do Direito Constitucional, vez que, ceifam o gozo dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Assim, partindo de premissas já postas no ordenamento jurídico pátrio, procurou-se demonstrar de forma precisa as delimitações previstas em Lei, bem como, a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade a cada caso. Com o fito de abordar a temática, fora realizada uma análise acerca de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, em torno do Decreto nº 8.069/90, além dos princípios constitucionais norteadores que regem o ordenamento jurídico pátrio. Como resultado pode-se aprofundar nos conhecimentos teóricos e legislação vigente que não é constitucional supressão de direitos fundamentais com o fito de assegurar outros por ineficácia do Estado.

¹ Advogado, Pós-Graduado em Direito Constitucional, Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Faculdade FAMART, contato@molasco.adv.br, 2019

Palavras-chaves: Toque de recolher. Personalidade civil. Direitos Fundamentais. Constitucionalidade. Dignidade da pessoa humana

ABSTRACT

The present study deals with the unconstitutionality of the curfew for children, youth and adolescents. Demonstrating in detail the conception of civil personality, this is the moment when the human being acquires rights and duties, and its impossibility of renunciation. It demonstrated the fundamental rights and the rights guaranteed to children, youth and adolescents, provided for in Decree No. 8.069 / 90, which provide protection in the national legal system. In addition, after the explanation of the freedoms assured to the magistrates was analyzed, the edited Decrees were analyzed, making that by performing the semantic interpretation of the legal provisions, substantiating this, a sparse Ordinance of constitutionality contrary to Constitutional Law, since they enjoy the enjoyment fundamental rights inherent in the human being. Thus, starting from premises already laid down in the national legal system, we sought to demonstrate precisely the delimitations provided for by Law, as well as the need to apply the principle of proportionality to each case. With the aim of approaching the theme, an analysis had been carried out about doctrinal and jurisprudential positions, around Decree No. 8.069 / 90, in addition to the constitutional principles that guide the national legal system. As a result one can deepen the theoretical knowledge and current legislation that is not constitutional suppression of fundamental rights in order to assure others for the ineffectiveness of the state.

Keywords: Curfew. Civil personality. Fundamental rights. Constitutionality. Dignity of human person

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade o estudo pormenorizado em demonstrar a possível inconstitucionalidade sobre os toques de recolher, visto que, tal medida viola uma das cláusulas pétreas inseridas na Carta Magna, a saber, a liberdade de locomoção prevista no art. 5º, XV, da Constituição Federal de 1988.

A problemática se apresenta no momento de aplicação dos toques de recolher para crianças, adolescentes e jovens, com o fito de solucionar problemas de segurança pública, problemas estes, de responsabilidade única e exclusiva do Estado.

Neste diapasão, os magistrados autorizados a editar Portarias, conforme previsto no art. 149 do Decreto nº 8.069/90, extrapolam os limites de sua atuação e ceifam direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna.

É notório que ao adquirir personalidade, os seres humanos gozam dos Direitos Fundamentais, sendo certo, que o cerceamento de tal direito, consubstancia em afronta às cláusulas pétreas inerentes aos seres humanos.

Dada as considerações acima, o objetivo deste trabalho foi a demonstração de que o ordenamento jurídico pátrio, garante aos seres humanos desde a concepção da personalidade, o direito a locomoção para ir e vir a qualquer momento, salvo por força de Lei.

Diante de novos paradigmas, bem como, com a instalada e diuturna sensação de insegurança pelas ruas hoje em dia, tem-se que é mais fácil determinar toques de recolher, do que solucionar os problemas de segurança pública. Neste sentido, visando obter embasamento jurídico para a realização da análise crítica no que tange a inconstitucionalidade dos toques de recolher, no primeiro tópico foi realizada a peroração acerca da concepção da personalidade civil, sendo este o momento em que os seres humanos adquirem direitos e deveres.

No segundo tópico analisou-se os direitos fundamentais, bem como os direitos assegurados às crianças, adolescentes e jovens, previsto no Decreto nº 8.069/90. Demonstrando assim, os direitos assegurados e invioláveis aos mesmos, sendo certo que estes não são subordinados, e sequer podem ser objetos de renúncia, vez que, garantem de proteção no ordenamento jurídico pátrio.

Posto isto, com base nos direitos assegurados às crianças, adolescentes e jovens, analisou-se os limites dos magistrados, no momento de edição de Portarias ao arremetimento das mesmas serem inconstitucionais, ceifando assim, o gozo dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, consubstanciando, em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, partindo de premissas já postas no ordenamento jurídico pátrio, foi analisado um dos princípios basilares no ordenamento jurídico, a saber o princípio da proporcionalidade, sob o silogismo da Deusa da Justiça concatenado aos precedentes e demais normas genéricas, visto que em sua essência possuem o mesmo objetivo, portanto, deve possuir o mesmo peso e rigor da Lei.

2. Personalidade Civil

Para dar início a porfia dos argumentos nos embates acerca da inconstitucionalidade do toque de recolher, concatenado à liberdade de locomoção, necessário se faz uma breve análise no que tange a personalidade civil e sua consagração.

A personalidade civil, é o momento em que o ser humano adquire direitos e deveres, sendo certo, que esta é reconhecida a todo ser humano, independentemente de sua vontade. Cabe ressaltar que o ser humano adquire a personalidade civil com o advento do nascimento, por força da Teoria Natalista, adotada pelo Código Civil, sendo o Estado garantidor dos direitos estipulados no ordenamento jurídico pátrio.

O art. 2º do Código Civil de 2002, prevê que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Não obstante, verifica-se que a personalidade civil é inerente ao ser humano, ou seja, é um dos pressupostos para atuação da pessoa no ordenamento jurídico.

Nesta feita, é inegável que as crianças, adolescentes e jovens, possuem capacidade de direito, portanto, lhes são assegurados direitos e deveres, independentemente de sua vontade.

3. Direitos Fundamentais e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A institucionalização dos Direitos Fundamentais possui o fito de assegurar a dignidade humana, sendo múnus do Estado a proteção das condições mínimas de vida, vez que, tal proteção, visa garantir a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, conforme art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Ademais, desde a instauração do Estado Democrático de Direito, é notório a impossibilidade de disposição jurídica dos direitos fundamentais, vez que, não vislumbra a possibilidade de renúncia e/ou alienação. Noutra giro, há que se asseverar também, a impossibilidade de disposição material dos direitos fundamentais, sendo certo, que são nulos os instrumentos e negócios jurídicos por ilicitude do objeto.

Os direitos fundamentais guarnecem de proteção no ordenamento jurídico pátrio, visto que ao se tratar de *cláusulas pétreas*, a própria Constituição Federal/1988 intensifica certa impossibilidade de reforma.

Neste sentido, prevê o art. 60, §4º, inc. IV da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais

Diante disso, verifica-se que o próprio legislador no momento de edição da norma, intentou contra possíveis tomadas de decisões arbitrárias, garantindo assim determinada proteção normativa.

Não obstante, nesta seara de proteção normativa, o Poder Judiciário cumpre papel importante no cenário jurídico, pois, empenhado no exercício da jurisdição, este, desempenha controle de constitucionalidade, sendo certo que os órgãos do Poder Judiciário estão compelidos a negar a validade de leis e atos normativos que violem os direitos fundamentais, assegurando assim, certa garantia constitucional.

Neste sentido, Gilmar Mendes disserta em sua obra *Curso de Direito Constitucional*:

A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (MENDES, 2018, p.182)

A liberdade de locomoção é garantida a todos os cidadãos, sendo que este é um direito assegurado na Carta Magna, o que não pode ser usurpado, tampouco suprimido dos cidadãos, independente de cor, sexo, raça, religião, e até mesmo idade.

Diante destes paradigmas, se faz por oportuno e necessário a explanação acerca do dever da família para com a criança ou adolescente.

Prevê o art. 227, *caput* da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem**, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, **à liberdade** e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (grifo meu)

Logo, tem-se que a supressão de tal direito assegurado na Constituição Federal, é uma clara e manifesta violação ao direito de liberdade e locomoção, assegurado constitucionalmente às crianças, adolescentes ou jovens.

Não obstante, além de previsto na Constituição Federal, está também sedimentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de gozo dos direitos fundamentais assegurados a crianças, adolescentes e jovens.

Prevê o art. 3º, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

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

Deste modo, consubstanciado está a proteção aos direitos às crianças, adolescentes e jovens, à liberdade, impondo ao Estado o dever de assegurar o exercício deste direito ao invés de o menoscabar.

O direito à liberdade de locomoção, além de sedimentado no texto constitucional e guarnecer o status de cláusula pétrea, está previsto no Decreto nº 8.069/90.

Prevê o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Ademais, prevê o art. 16, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

(...)

Perlustrando, é inconteste que a liberdade de locomoção é um direito fundamental exercido em defesa de uma possível arbitrariedade do Estado, ou seja, é inconcebível no ordenamento jurídico pátrio, a restrição da liberdade de locomoção de quaisquer cidadãos, sem o devido processo legal.

Neste cenário, surge o art. 149 do Decreto nº 8.069/90, que prevê a autonomia da autoridade judiciária em disciplinar através de portaria, ou autorizar, mediante alvará, que crianças, jovens ou adolescentes, adentre ou permaneça em determinados locais, sem a presença de pais ou responsáveis.

Posto isto, verifica-se que o legislador ao editar a norma, intentou pela ampliação do direito à liberdade de locomoção, vez que, ao realizar a interpretação semântica do dispositivo legal, consubstanciado está a possibilidade de ampliar, e não de restringir os direitos das crianças, adolescentes ou jovens.

4. A Inconstitucionalidade do Toque de Recolher

Prima facie, há que se destacar que a Constituição Federal se encontra proeminente às demais normas, visto que esta garante de fundamento para validade das demais normas existentes no ordenamento jurídico pátrio. Tal entendimento, encontra-se sedimentado na teoria denominada pirâmide de Kelsen.

Derradeiro, o exercício da jurisdição atribuído ao Poder Judiciário, é de suma importância no controle de constitucionalidade, sendo certo, ser este meio/fim em materializar a negação de validade de leis e atos normativos que violem direitos e garantias fundamentais, através de seu controle difuso.

Posto isto, ao realizar uma perquirição mais acurada a cada caso, está há se reconhecer a possibilidade de neutralização da norma contrária à Constituição Federal, zelando assim, pela aplicação da norma proeminente no ordenamento jurídico, dado a característica de um sistema normativo harmônico, o que acarreta em maior segurança jurídica.

É notório que no decorrer do tempo, o índice de criminalidade envolvendo menores está aumentando, sendo tráfico de drogas, vandalismo, etc. Diante de novos

paradigmas, com o fito de assegurar a integridade de crianças e adolescentes, diversos magistrados estão publicando portarias restringindo o gozo de Direitos Fundamentais inerentes às crianças e adolescentes, a saber a liberdade de locomoção.

Segundo Moraes (2017, p.203, *apud* PASSOS, 2000) A liberdade de locomoção é desenhada como possibilidade de, em tempo de paz, ingresso, circulação interna e saída do território nacional, ressalvada a obrigação de permanência em localidade determinada, quando houver a decretação de estado de sítio com fundamentação em comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa.

Em que pese o intuito das portarias, estas não guardam legalidade, pois os magistrados estão extrapolando as atribuições que lhe são conferidas, conforme art. 149 do Decreto nº 8.069/90.

Prevê o art. 149 do Decreto nº 8.069/90, *in verbis*:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Nesta feita, além de não haver previsão legal para tal ato, verifica-se que as portarias, colidem frontalmente com normas constitucionais, ceifando assim, os direitos previstos em Lei. Ademais, há que salientar que o sistema normativo pressupõe a existência de unidade e ordem, portanto, é imprescindível que as normas existam de forma harmoniosa.

Mister destacar, que tal matéria já foi alvo de apreciação no Superior Tribunal de Justiça em virtude do Habeas Corpus nº 207.720 – SP (2011/0119686-3), em razão da Portaria 01/2011, editada pela magistrada da Vara da Infância e Juventude da comarca de Cajuru/SP, que determinava toque de recolher.

Neste sentido, o STJ decidiu, *in verbis*:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. TOQUE DE RECOLHER. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. NORMA DE CARÁTER GENÉRICO E ABSTRATO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Trata-se de Habeas Corpus Coletivo "em favor das crianças e adolescentes domiciliados ou que se encontrem em caráter transitório dentro dos limites da Comarca de Cajuru-SP" contra decisão liminar em idêntico remédio proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
2. Narra-se que a Juíza da Vara de Infância e Juventude de Cajuru editou a Portaria 01/2011, que criaria um "toque de recolher", correspondente à determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas, b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. A mencionada portaria também determina o recolhimento dos menores que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo álcool ou estejam na presença de adultos que estejam usando entorpecentes.
3. O primeiro HC, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, teve sua liminar indeferida e, posteriormente, foi rejeitado pelo mérito.
4. Preliminarmente, "o óbice da Súmula 691 do STF resta superado se comprovada a superveniência de julgamento do mérito do habeas corpus originário e o acórdão proferido contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faz suficientemente as vezes de ato coator (...)" (HC

144.104/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe2.8.2010; cfr. Ainda HC 68.706/MS, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17.8.2009 e HC 103.742/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 7.12.2009).

5. No mérito, o exame dos consideranda da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressa a partir do "número de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismos e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes".

6. A despeito das legítimas preocupações da autoridade coatora com as contribuições necessárias do Poder Judiciário para a garantia de dignidade, de proteção integral e de direitos fundamentais da criança e do adolescente, é preciso delimitar o poder normativo da autoridade judiciária estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em cotejo com a competência do Poder Legislativo sobre a matéria.

7. A portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. "Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelos menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas" (REsp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 24.9.2009).

8. Habeas Corpus concedido para declarar a ilegalidade da Portaria 01/2011 da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Cajuru. (STJ - HC: 207720 SP 2011/0119686-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/12/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2012)

Posto isso, verifica-se que houve a aplicação do controle de constitucionalidade, vez que fora realizada a tentativa de reestabelecer a unidade, sendo certo, que todas as normas são oriundas da mesma fonte e fundamento de validade.

Não obstante, o magistrado da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Jaguarão/RS, editou a Portaria 01/2019, determinando diversas ordens abstratas e genéricas restringindo o gozo de Direitos Fundamentais das crianças e adolescentes, durante as festividades do carnaval na região. Contudo, a organização do carnaval da região impetrou um mandado de segurança em face da referida portaria, a qual foi liminarmente determinado a suspensão dos efeitos da portaria.

Ademais, com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, a saber Decreto nº 99.710/90, esta apenas asseverou o que já é de conhecimento de todos no ordenamento jurídico pátrio.

Prevê o art. 37, b, do Decreto nº 99.710/90, *in verbis*:

Os Estados Partes zelarão para que:

(...)

b) **nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária.** A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;

(...) **(grifo meu)**

Perlustrando, verifica-se que a norma é clara e não é recente, entretanto, ainda é recorrente a violação a teoria da separação dos três poderes de Montesquieu, pois conforme se vê, magistrados extrapolam os poderes que lhes são conferidos. Lado outro, já havia precedentes no ano de 2009 sobre os limites da Lei nº 8.069/90, e conforme supramencionado, foram diversas portarias posteriores que contrariam o sistema normativo.

Neste sentido, o STJ também já decidiu, *in verbis*:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER NORMATIVO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. LIMITES. LEI 8.069/90, ART. 149. 1. Ao contrário do regime estabelecido pelo revogado Código de Menores (Lei 6.697/79), que atribuía à autoridade judiciária competência para, mediante portaria ou provimento, editar normas "de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor" (art. 8º), atualmente é bem mais restrito esse domínio normativo. Nos termos do art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a autoridade judiciária pode disciplinar, por portaria, "a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhada dos pais ou responsável" nos locais e eventos discriminados no inciso I, devendo essas medidas "ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral" (§ 2º). É evidente, portanto, o propósito do legislador de, por um lado, enfatizar a responsabilidade dos pais de, no exercício do seu poder familiar, zelar pela guarda e proteção dos menores em suas atividades do dia a dia, e, por outro, preservar a competência do Poder Legislativo na edição de normas de conduta de caráter geral e abstrato.

2. Recurso Especial provido.
(STJ. 1ª T. R.Esp. nº 1.046.350/RJ (2008/0075667-0). Rel. Min. Teori Albino
Zavaski. J. em 15/09/2009).

Mister destacar, que os precedentes são de suma importância no ordenamento jurídico pátrio, vez que, estes, possuem o dever de auxiliar em casos análogos. Contudo, magistrados, tendem a inovar, acarretando em diversas antinomias.

No que tange aos precedentes, Marinoni disserta em sua obra *Novo curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, *in verbis*:

No Brasil, os precedentes do STJ e do STF têm força obrigatória. Tais precedentes são, em sua maioria, de natureza interpretativa. Não obstante, ainda que considere um precedente instituído para definir o modo de se concretizar uma norma de caráter aberto, isto não quer dizer que esse precedente possa ser considerado destituído de fundamento no direito. Na verdade, essa questão é próxima à de se saber se o juiz do common law, em virtude do stare decisis, cria o direito. (MARINONI, 2015).

Sendo assim, verifica-se a importância dos precedentes existentes, posto que aqueles que guarnecem de relevante potencial, servem como orientação para os magistrados no momento de decidir, ou seja, é uma forma indireta de assegurar a isonomia e a segurança jurídica em casos análogos.

Desta forma, ao realizarmos uma interpretação semântica do dispositivo legal e dos precedentes existentes, imediatamente consubstanciado está a ilegalidade do toque de recolher, visto que, além de ser contra os fundamentos e princípios constitucionais, está totalmente contrário a Convenção sobre os Direitos da Criança, a saber Decreto nº 99.710/90.

Ora, criar medidas que vão de encontro a direitos fundamentais, não devem prosperar pela simples possibilidade em tese de guarnecer proteção às crianças, adolescentes e jovens. Lado outro, o recolhimento forçado como tem sido realizado, além de ilegal é uma manifesta forma de ativismo judicial, o que não é concebido no ordenamento jurídico pátrio.

Nesta feita, é imprescindível a realização do controle de constitucionalidade atribuído ao Poder Judiciário, sendo certo, que este possui o dever principal em guarnecer a segurança no sistema jurídico, zelando sempre pela unidade e sua ordem, devendo,

portanto, neutralizar decisões de cunho contrário à Constituição Federal e demais normas, visto que as normas são oriundas da mesma fonte e fundamento de validade.

5. Princípio da Proporcionalidade

Inarredável se faz o princípio da proporcionalidade do ordenamento jurídico, sendo este, inerente a Carta Magna, tendo sua aplicação necessária entre o fato e a norma, zelando sempre pela harmonia no sistema normativo.

Neste diapasão, Alberto Franco Silva (1997 p.67) disserta acerca do princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).” (SILVA, 1997, p. 67)

Ao instaurar o Estado Democrático de Direito, o legislador intentou para a necessidade de inserção do princípio da proporcionalidade, com o fito de equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Cabe ressaltar, que a proporcionalidade no Direito, se inicia pelo silogismo à divindade grega Têmis², a tão conhecida no ordenamento jurídico como Deusa da Justiça.

² É uma divindade grega por meio da qual a justiça é definida, no sentido moral, como o sentimento da verdade, da equidade e da humanidade, colocado acima das paixões humanas. Por este motivo, sendo personificada pela deusa Têmis, é representada de olhos vendados e com uma balança na mão. Ela é a deusa da justiça, da lei e da ordem, protetora dos oprimidos. Na qualidade de deusa das leis eternas, era a segunda das esposas divinas de Zeus, e costumava sentar-se ao lado do seu trono para aconselhá-lo. Teria partido dela o conselho ao deus para proteger-se com a Efégie (Aigis), a fim de vencer a luta contra os gigantes. Dizia-se a respeito de Têmis que ela teve a ideia de provocar a Guerra de Tróia para livrar a Terra do excesso de população (KURY, 1999, p. 372).

Era filha do Céu (Urano) e da Terra (Gaia), portanto é filha do Espírito e da matéria. Mãe das Horas, que regiam as estações do ano, e das Moiras. Por suas virtudes e qualidades, Têmis foi respeitada por todos os deuses. Sua grande sabedoria só era comparável à de Minerva. Suas opiniões eram sempre acatadas. Mais do que a Justiça, Têmis encarna a Lei. Seu casamento com Zeus exprime como o próprio deus pode ser submetido a ela, que ao mesmo tempo é sua emanção direta. Tradicionalmente é representada cega ou com uma venda aos olhos para demonstrar sua imparcialidade.

Numa visão mais moderna, é representada sem as vendas, significando a Justiça Social, para qual o meio em que se insere o indivíduo é tido como agravante ou atenuante de suas responsabilidades. Os pratos iguais da balança de Têmis indicam que não há diferenças entre os homens quando se trata de julgar os erros e acertos. Também não há diferenças nos prêmios e castigos: todos recebem o seu quinhão de dor e alegria. Ela foi aceita entre os deuses do Olimpo. Simboliza o destino, as leis eternas, divinas e morais; é a justiça emanada dos deuses, assim nos seus julgamentos não há erro. Ela carrega as tábuas da lei, que desempenham o papel de ordem, união, vida e

Símbolo místico de grande valoração no ramo do Direito, sendo ela imprescindível para a aplicação da lei.

A representação da deusa da justiça com os olhos vendados, nos traduz a ideia de que todos são iguais perante a lei, sem que haja qualquer tipo de distinção. A balança, simboliza o equilíbrio nas relações para garantir a equidade no momento de decretação do direito com sua espada.

Logo, ao fazermos um comparativo entre a cláusula pétrea e a determinação judicial do toque de recolher, verificamos que esta medida não garante de proporcionalidade *in casu*, a saber que há uma colisão direta com um direito fundamental, sendo que, tal determinação consubstancia em um possível ativismo judicial.

Frisa-se que por pertinente e temporal, é que não está a se fazer ou mensurar aqui, juízo de valor sobre qual das medidas são mais relevantes, mas sim, sobre a constitucionalidade de uma decisão judicial sobrepor um direito instituído por Lei.

O princípio da proporcionalidade, está presente no momento de instauração do Estado Democrático, bem como, no momento de criação da norma e aplicação da mesma. Sua necessidade, propende a existência de determinado equilíbrio no ordenamento jurídico pátrio.

Na teoria, todas as normas são repletas de proporcionalidade, entretanto, na prática vislumbra a inexistência da mesma. Neste sentido, se uma norma que passa por um processo de formulação rigoroso ainda sim, pode ser desprovida de proporcionalidade, não se pode aqui, mensurar o quão desproporcional pode ser uma decisão judicial que viola a Carta Magna.

Nesta esteira, tem-se que os princípios são protetores dos valores constitucionais que os dispositivos legais intentam assegurar, zelando assim pela urbanidade e coerência das normas, para a satisfação dos direitos fundamentais.

6. Considerações Finais

princípios para a sociedade e para o indivíduo, e uma balança que equilibra o mundo segundo leis universais entre o caos e a ordem. (GRIMAL, 1997, p. 435)

Em sede de considerações finais, após o desenvolvimento do presente estudo, restou cabalmente comprovado, que nos tempos atuais ainda ocorre a prolação de diversas decisões, que ferem frontalmente o disposto na Carta Magna, mesmo após 30 (trinta) anos de sua promulgação.

Cabe ressaltar, que o legislador no momento de formulação da Carta Magna, intentou pela criação de normas genéricas e abstratas, visando a pluralidade de situações não previstas em lei que poderiam desencadear no decorrer do tempo. Contudo, é notório que os magistrados, devem se pautar em princípios e nas normas gerais para sua aplicação caso a caso.

Notadamente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, tem sido banalizada no momento de edição de portarias e decisões que envolvam Direitos Fundamentais, pois a edição de portarias que restringem os direitos de crianças e adolescentes, tem-se tornado recorrente e ainda mais presente no ordenamento jurídico ao comparado a aplicação do princípio supramencionado.

Perlustrando, tem-se que o princípio da proporcionalidade devidamente aplicado junto a Carta Magna, consubstanciado está em uma forma de “desafogar” o Judiciário com demandas desnecessárias, ou seja, a inobservância dos magistrados é incomensurável.

Lado outro, percebe-se que o dispositivo legal é claro, e os precedentes sedimentados pelos tribunais são fontes que podem auxiliar os magistrados em suas decisões, visto que os que guarnecem de relevante potencial, e tendem assegurar a isonomia e estabelecer segurança jurídica em casos análogos.

A ausência de importância atribuída ao princípio da proporcionalidade, é a negação ao texto constitucional e normas especiais, visto que, o cerceamento de um direito assegurado na Constituição Federal de 1988, pode acarretar em violação ao princípio basilar no ordenamento jurídico, a saber o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade atrelado ao disposto na Carta Magna, são inerentes e em determinadas situações impõe-se que o magistrado deve se espelhar na Deusa da Justiça para decretar o direito, sem que a decisão tomada interfira em Direitos Fundamentais.

Ademais, é dever do Poder Judiciário no exercício da jurisdição, a realização do controle de constitucionalidade, e não a produção de antinomias no ordenamento jurídico pátrio. Posto isto, há que se respaldar principalmente na Constituição Federal, dado ao seu caráter de norma proeminente, e negar a validade de leis e atos normativos que violem direitos e garantias fundamentais, através de seu controle difuso.

Ante o exposto, conclui-se que para não ocorrer a edição de Portarias desprovidas de constitucionalidade, é necessária uma perquirição acurada acerca de todas as normas, princípios e garantias fundamentais, presentes no ordenamento jurídico pátrio, de modo que a proporcionalidade seja aplicada a cada caso.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 14724: **Informação e documentação: trabalhos acadêmicos - apresentação**. Rio de Janeiro, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS NBR 10520: **Informação e Documentação: apresentação e citações em documentos**. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: **Informação e documentação: Referências – elaboração**. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6024: **Numeração progressiva das seções de um documento escrito**. Rio de Janeiro, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6027: **Sumário**. Rio de Janeiro, 2012

BRASIL, **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > Acesso em 07 out.2019

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 07 out.2019

BRASIL, **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm > Acesso em 07 out.2019

BRASIL, **DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm > Acesso em 07 out.2019

MARINONI, Luiz Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro. Novo curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil, volume 11. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional, 9. Ed. Reform., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, Alberto Franco. Código penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t.I.

STJ - HC: 207720 SP 2011/0119686-3, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 01/12/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Jus Brasil, 2011 Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21270485/habeas-corpus-hc-207720-sp-2011-0119686-3-stj> > Acesso em 07 out.2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL: 1ª T. R.Esp. nº 1.046.350/RJ 2008/0075667-0. Relator: Ministro Teori Albino Zavaski. J. em 15/09/2009, Jus Brasil, 2009 Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6030994/recurso-especial-resp-1046350-rj-2008-0075667-0?ref=serp> > Acesso em 07 out. 2019.