

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Intervenção do Estado no Poder Familiar como Medida Protetiva

Felipe José Da Palma De Almeida Maia

M

2024



F
A
C
U
L
D
A
D
E
D
E
D
D
IR
EI
T
O



Dedico a presente pesquisa a minha querida e amada família, minha amada esposa Barbara Moda, minha razão, e minhas filhas amadas Teresa e Anna Maia, minhas meninas. A meu pai Luiz Flávio De Almeida Maia, a minha mãe Cláudia Regina Da Palma de Almeida Maia e aos meus estimados irmãos Flávia Maia e Luiz Cláudio Maia, por me possibilitarem e terem contribuído e auxiliado para o meu crescimento pessoal e profissional, e ainda, por sua compreensão e amor nos momentos mais difíceis de nossa vida como família.

Aos meus estimados sogros Eder e Cleusa Moda, e a minha cunhada Larissa Moda, pessoas que considero como pais e irmã tamanho o afeto que nos une.

Aos meus amigos também da área jurídica Ranier Overal, Nancy Overal, e Jonatan Santos, com os quais pude desfrutar de momentos de muita alegria e muito tem me auxiliado na advocacia no Brasil.

Agradeço meu Mestre e Orientador Antônio Francisco de Sousa, meu orientador na presente tese, e que teve imensa paciência durante este percurso, bem como por toda a compreensão e apoio que me foi dispensado, sem o qual eu não poderia obter este êxito.

E ainda, agradeço ao Dr. Evandro Pelarin, Juiz de Direito, que tanto contribuiu para a conclusão da presente dissertação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por todos os momentos difíceis, pois sem eles não seria a pessoa que sou hoje, consciente de meus deveres e obrigações, capaz de alcançar os objetivos que traço em minha vida, e principalmente, agradecer pelas pessoas que ele sabiamente colocou em meu caminho, uma família onde sempre pude encontrar carinho, afeto e respeito. É permanecendo unidos que juntos alcançaremos o nosso progresso.

Agradeço a minha estimada e amada família, em especial a minha esposa Barbara Moda, e as minhas filhas, minhas meninas Teresa e Anna Maia, pois sem o vosso carinho e amor nada seria possível. Ao meu pai Luiz Flávio De Almeida Maia, a minha querida mãe Cláudia Regina Da Palma De Almeida Maia e aos meus eternos irmãos Flávia Regina Da Palma de Almeida Maia e Luiz Cláudio Da Palma De Almeida Maia, que são a base e a mola de tudo aquilo que sou.

Aos meus estimados sogros Eder e Cleusa Moda, e a minha cunhada Larissa Moda, pessoas que considero como pais e irmã tamanho o afeto que nos une.

Aos meus amigos também de academia, pessoais e da área jurídica Ranier Overal, Nancy Overal, e Jonatan Santos, com os quais pude desfrutar de momentos de muita alegria e que inúmeros momentos estiveram presentes nesta caminhada.

Ao Mestre Antônio Franscisco de Sousa, meu mestre e orientador nesta jornada suas orientações foram preciosas, sendo esta pessoa na qual agradeço à todos os demais professores do Mestrado em Ciências Jurídico-Político da Universidade do Porto, pois cada um foi peça fundamental para esta jornada.

Agradeço ainda a Universidade do Porto, nem como demais funcionários e colaboradores por tornarem este objetivo de mestrado possível, pois é uma honra fazer parte desta casa e ter caminhado por entre estas colunas.

E ainda, agradeço ao Dr. Evandro Pellarin, Juiz de Direito, que tanto contribuiu para a conclusão da presente dissertação.

RESUMO

Este trabalho é fruto de uma pesquisa científica, realizada segundo o método dogmático. Conforme os parâmetros fixados, objetiva-se a análise da doutrina, jurisprudência e legislação brasileira e portuguesa em vigor no sentido de expor o seguinte assunto: a Intervenção do Estado no Poder Familiar como Medida Protetiva. Onde objetivar-se-á analisar de que maneira esta intervenção ocorre, e quais os motivos que lhe servem de base, buscando discutir sobre a família quanto ente de direito público e ao mesmo tempo privado. Ressaltando-se ainda, como exemplo, a decisão tomada pelo Dr. Evandro Pelarin, que dispõe sobre o “toque de recolher” para menores de 18 anos na Comarca de Fernandópolis/SP. Para construção desta tese, fez-se necessário o estudo sobre Direito Constitucional, Direito Civil, Direito de Família, no âmbito brasileiro e português, além das demais legislações concernentes ao tema de direito. O trabalho visa, também, propiciar ao leitor, diretrizes para eventuais reflexões dos operadores do direito no que se refere aos preceitos constitucionais, visto que a Constituição é o pilar central de todo o ordenamento jurídico. E a partir daí, passar-se-á a uma análise mais profunda sobre a família como célula *mater* de nossa sociedade e o Estado como fruto do desenvolvimento social. Onde é no conúbio familiar que o menor irá perceber-se como um ser social, com capacidade de ver-se como sujeito de direitos e principalmente, de obrigações para com o meio social em que está inserido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito de Família. Poder Familiar. Responsabilidades Parentais. Intervenção do Estado. Sociedade. “Toque de Recolher”.

ABSTRACT

This work is the result of scientific research conducted using the dogmatic method. In accordance with established parameters, its objective is to analyze the doctrine, case law, and current Brazilian and Portuguese legislation regarding the following topic: State Intervention in Parental Authority as a Protective Measure. The aim is to examine how such intervention occurs and the underlying reasons that justify it, while also discussing the family as both a public and private legal entity. As an example, the study highlights the decision of Judge Dr. Evandro Pelarin, who implemented a "curfew" for minors under 18 years of age in the District of Fernandópolis/SP. To support this thesis, it was necessary to study Constitutional Law, Civil Law, and Family Law within both Brazilian and Portuguese legal frameworks, in addition to other relevant legislation. The research also seeks to offer readers guidance for further reflection, especially for legal professionals, regarding constitutional principles, considering that the Constitution is the cornerstone of the entire legal system. From this foundation, the analysis proceeds to a deeper examination of the family as the core unit of society and the State as a product of social development. It is within the family environment that the child begins to recognize themselves as a social being, capable of seeing themselves as a subject of rights and, most importantly, of duties within the society to which they belong.

Keywords: Constitutional Law. Family Law. Parental Authority. Parental Responsibilities. State Intervention. Society. "Curfew".

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal de 1.988
CRP	Constituição da República Portuguesa
CC	Código Civil
CSDC	Convenção Sobre os Direitos da Criança
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LPCPJ	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RGPTC	Regulamento Geral sobre o Processo Tutelar Cível

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I.....	11
1. FAMÍLIA: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1 A EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO JURÍDICA E SOCIAL DA FAMÍLIA	13
1.2 DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	14
CAPÍTULO II	15
2. DO PODER FAMILIAR	15
2.1 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	18
CAPÍTULO III	21
3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PODER FAMILIAR SOB A ÉGIDE DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	21
3.1 DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUANTO A PROTEÇÃO DO MENOR E A INTERVENÇÃO DO ESTADO	22
3.2 O MENOR COMO SER SOCIAL	23
3.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DO MENOR.....	24
3.4 DA DIGNIDADE DO MENOR. PRINCÍPIO DA PONDERACAO E PROIBICAO DO EXCESSO	28
CAPÍTULO IV.....	30
4. O “TOQUE DE ACOLHER” OU “TOQUE DE RECOLHER” COMO MEIO DE INTERVENÇÃO	30
4.1 O “TOQUE DE RECOLHER” OU O “TOQUE DE ACOLHER” PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	31
4.2 QUAL O MOTIVO DO SURGIMENTO DO “TOQUE DE ACOLHER”?	32
4.3 BALANÇO DO TRABALHO DE TODA EQUIPE DURANTE TODO O TEMPO EM QUE O “TOQUE” ESTÁ EM VIGOR	33
4.4 O “TOQUE” É UMA MEDIDA ABUSIVA OU IMPEDITIVA DA DIVERSÃO DE MENORES DE 18 ANOS?	34
4.5 PROTEGER INTEGRALMENTE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO TOCANTE À MEDIDA DO “TOQUE”	36
4.6 DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AOS JOVENS QUE PERMANECEM DESREGRADAMENTE NAS RUAS, SEGUNDO O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	37
4.7 ATITUDES TOMADAS JUNTO AOS PAIS E O MENOR EM CASO DE RECOLHIMENTO	38
4.8 DEVERES DOS PAIS, EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES, NO QUE SE REFERE AO “TOQUE”	40
CAPÍTULO V.....	43

5. O SUPERIOR INTERESSE DO MENOR ANTE A DOUTRINA E LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E INTERNACIONAL.....	43
5.1. DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.....	44
5.2. DO ORDENAMENTO JURIDICO PORTUGUÊS.....	46
5.3. DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	47
5.4. DA INIBIÇÃO E LIMITAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	49
5.5. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO. INTERVENÇÃO PARA PROTEÇÃO.....	50
5.6. DA “DETENÇÃO” (CUSTÓDIA) DE MENORES.....	53
 CONCLUSÃO	 56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de mestrado em direito tem por escopo suscitar até que ponto o Estado tem o direito de intervir no poder familiar. Tem-se em consideração, que a família vem passando por várias transformações ao longo dos séculos, tanto em sua constituição, quanto em funções e finalidades. Juristas nacionais e estrangeiros têm se dedicado ao tema em tela com o objetivo de melhor compreender esta célula social.

Importante ressaltar que a família é uma instituição de grande relevância para o desenvolvimento de qualquer Estado Democrático de Direito. Atualmente, as sociedades brasileira e portuguesa têm sofrido imensas mudanças, principalmente no que diz respeito aos valores familiares, pois no exato instante em que a família começa a perder sua finalidade e função faz-se necessária a intervenção do Estado que deve trazer para si a responsabilidade sobre o poder familiar com o objetivo de não só preservar este ente, mas acima de tudo, proteger o menor de quaisquer formas de negligência e/ou abandono.

De forma mais intrínseca, busca tal pesquisa estudar a família como um bem de patrimônio público e ao mesmo tempo privado, bem como de que maneira pode o Estado passar a intervir nesta relação, no núcleo familiar, com o objetivo de apontar a família como centro de irradiação de toda a vida em sociedade, pois é nela que o indivíduo se desenvolve, aprende e tem seus primeiros contatos interpessoais. É assim a família, um bem de interesse comum.

Desse modo, destaca-se o “Toque de Recolher” através de um comparativo entre as legislações portuguesa e brasileira, com a finalidade de analisar ambas as legislações diante de possíveis intervenções no seio familiar, bem como sua possibilidade jurídica de intervenção do Estado no poder familiar face as legislações vigentes e a doutrina estabelecida.

CAPÍTULO I

1. FAMÍLIA: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

É inquestionável que o ser humano é um ser social¹ e, com isso, possui uma necessidade intrínseca de se relacionar com os demais semelhantes, a fim de buscar sobreviver em comunidade. Desta forma, a família surge como lugar privilegiado de construção da realidade social, tendo como ponto de partida a construção social dos acontecimentos e relações mais naturais².

Pode-se facilmente encontrar o significado da palavra “*família*”. Esta origina-se do latim *famulus*, que significa: “*conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor*”³. Desta maneira, entre os chamados dependentes incluíam-se a esposa e os filhos. Assim, a família greco-romana era composta por um patriarca e seus fâmulos, ou seja, esposa, filhos, servos livres e escravos.

Ao que se refere à família, logo se evoca o ideal de unidade social composta por pessoas que permanecem unidas por laços de afinidade e de sangue, sendo possível discernir nela várias instituições familiares, tais como namoro, noivado, o casamento, ou seja, a vida conjugal com todos os seus papéis.

Desta forma, conclui-se que, entre as várias “sociedades humanas, a família é a única natural, universal e intemporal”⁴. E, por mais que as instituições familiares sejam universalmente reconhecidas – ainda que, em cada sociedade e época, assumam formas distintas-, é correto afirmar que o termo “*família*” permanece um tanto vago, ou seja, um conceito polimórfico⁵.

¹ Para Daniela Martins, “(...) o ser humano torna-se social (...) (e) constrói a imagem de si próprio”. MARTINS, Daniela Delfina Rato. *O Impacto da violência familiar na saúde de crianças e jovens adolescentes*. Dissertação de Mestrado, Instituto de Educação e Psicologia, Universidade do Minho, Braga, 2009, p. 1; cf NUNES, Rui. *Ética e Família*, in Otilia Fernandes/Carla Maia (Coord), *A Família Portuguesa no Século XXI*, Lisboa, Parfisa, 2015, pp. 47-48 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento (s) Desviante (s) do (s) Progenitor (es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 17.

² SARACENO, Chiara/NALDINI, Manuela, *Sociologia da Família*, 2º ed., atualizada, Lisboa, Estampa, 2003, p. 18 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento (s) Desviante (s) do (s) Progenitor (es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 17.

³ PRADO, Danda. *O que é Família*, 1º Edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural/Brasiliense, 1985, p. 51.

⁴ FELIX, Antônio Bagão (org). *Identidade e Família*. Alfragide. Leya, 2024, p. 14.

⁵ LEANDRO, Maria Engracia, *Sociologia da Família nas sociedades contemporâneas*, Lisboa, Universidade Aberta, 2001, p. 39 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento (s) Desviante (s) do (s) Progenitor (es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 18-19.

Neste sentido, a historiadora francesa Michelle Perrot expõe que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”⁶, o que permite demonstrar a variação e a mutabilidade histórica da instituição familiar ao longo dos tempos e eras, desafiando, assim, qualquer conceito determinante e geral.

Maria Berenice Dias (2009)⁷ preleciona que os vínculos afetivos estão longe de ser uma prerrogativa humana, visto que o acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja por causa por instinto de preservação da espécie, seja pela aversão natural à solidão. Ela ressalta a filosofia de que só há felicidade em conúbio a dois.

Como dispõe Giselda Hironaka, “não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago”⁸. Dessa maneira, o essencial é que o indivíduo esteja inserido em um grupo capaz de integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo-lhe sentir-se no caminho da concretização do seu ideal de felicidade.

O Código Civil de 1916 regulava a família patriarcal, sustentada pela suposta hegemonia do pai, com a hierarquização das funções, desigualdade de direitos entre marido e mulher, discriminação dos filhos, desconsideração das entidades familiares e predominância dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo.

Dentre todos os organismos sociais e jurídicos, é no que se refere à família que se encontram as maiores alterações ao longo dos tempos, seja quanto ao seu conceito, à sua compreensão ou mesmo à sua extensão. De acordo com Silvio Venosa (2009)⁹ as primeiras civilizações expoentes, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, conceituaram a família como uma entidade ampla e hierarquizada, sendo esta atualmente, considerada fundamentalmente como somente a relação exclusiva de pais e filhos menores, convivendo no mesmo lar.

Com as mudanças na vida em sociedade, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, passaram a ser amparados pelo chamado matrimônio, o que gerou o princípio de intervenção do Estado. Instituiu-se, assim, uma série

⁶ PERROT, Michelle, cf. “*O Nó e o Ninho*”, cit., p. 75 apud FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º Ed. Rev., Amp. e Atal. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 03.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁸ HIRONAKA, Giselda. *Família e Casamento em Evolução*, p. 08, apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 03.

de direitos e deveres entre os componentes dessa relação, que passou a ser jurídica, com um núcleo familiar dotado de perfil hierarquizado e patriarcal¹⁰.

Tereza Wambier observa que a “cara” da família moderna mudou¹¹. Hoje, a mulher permanece inserida no mercado de trabalho, deixando de ser exclusividade do homem a responsabilidade pela subsistência da família, que passou a ser nuclear - ou seja, composta exclusivamente pelo casal e seus filhos - e que agora compartilha espaços cada vez menores, favorecendo a aproximação dos entes familiares e fortalecendo o vínculo afetivo.

Na concepção atual, existe uma nova família, fundada em laços afetivos de carinho e de amor¹². Isso faz com que a valorização do afeto não se restrinja apenas ao ato de celebração do matrimônio, mas sim que perdure por toda a relação. Do contrário, a base desse ente social ruirá.

Ademais, não se pode falar em verdadeiro desenvolvimento humano e vida humanizada sem qualidade nas relações familiares. Isso quer dizer que não é possível construir uma sociedade de bem-estar fundada no mal-estar das famílias. Faz-se de suma importância recentrar na família a coesão geracional e solidificar seu papel como núcleo privilegiado das chamadas solidariedades naturais - resultantes da índole gregária das pessoas, e não da ordem jurídica¹³.

O progresso da humanidade está intimamente ligado à família e por ela perpassa. Pois, fora da família, tudo é circunstancial e fugaz, visto que a família é um tema essencial de futuro, de progresso e de esperança¹⁴.

1.1. A EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO JURÍDICA E SOCIAL DA FAMÍLIA.

Conforme demonstrado no estudo anterior, é inegável que a família, enquanto fruto de uma realidade sociológica, tem acompanhado, ao longo de sua evolução histórica, desde a

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

¹¹ WAMBIER, Tereza Celina Arruda Alvim. *Direitos de família e do menor*, p. 83, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

¹² ROSA, Alexandre. Amante Virtual..., p. 162, *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

¹³ FELIX, Antônio Bagão (org). *Identidade e Família*. Alfragide. Leya, 2024, p. 15.

¹⁴ Idem, p. 17.

família patriarcal romana, até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, as transformações ocorridas no campo dos fenômenos sociais¹⁵.

A influência da Revolução Francesa no Código Civil Brasileiro de 1916 é evidente, pois este adotou um modelo patriarcal, hierarquizado e impessoal no que diz respeito à estrutura familiar, concebida, à época, de forma matrimonializada. Essa visão era também fortemente patrimonialista, uma vez que a família era entendida como uma unidade de produção, formada com o objetivo principal de acumular e preservar patrimônio. Nesse contexto, o vínculo matrimonial era indissolúvel, pois sua dissolução implicaria a desagregação da família e, por consequência, da própria sociedade.

Entretanto, com a evolução técnico-científica e o desenvolvimento da sociedade, novos valores passaram a reger as relações humanas¹⁶. Um exemplo disso é a possibilidade, trazida pela ciência, de concepção artificial do ser humano sem a necessidade do conúbio sexual. Esse avanço evidenciou a importância da proteção à pessoa humana, levando à sua centralização no ordenamento jurídico e destacando a necessidade de se repensar a família sob a ótica da dignidade, da inclusão e da cidadania. Essas mudanças culminaram em um rompimento definitivo com a concepção tradicional da família.

Atualmente, observa-se um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário no exercício do poder familiar, além de desmatrimonializado. O afeto passou a ser a principal força motriz das relações familiares e elemento constituinte deste núcleo, alicerçado em valores como a ética, a solidariedade recíproca entre seus membros e, sobretudo, na dignidade de seus integrantes¹⁷.

1.2. DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.

Para Maria Berenice Dias (2009)¹⁸, o direito é a mais eficaz forma de organização da sociedade, cabendo ao Estado a responsabilidade pelas questões relacionadas à vida em

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson, cf. *Elementos Críticos de Direito de Família*, cit., p. 11 apud FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º Ed. Rev., Amp. e Atal. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 04.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º Ed. Rev., Amp. e Atal. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 04.

¹⁷ Idem, pp. 4-5.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

sociedade, com o objetivo de proteger os indivíduos. Para isso, deve intervir a fim coibir excessos e evitar conflito de interesses¹⁹.

Nesse contexto, a interferência estatal nos elos da afetividade justifica-se pela importância da família como primeiro agente de socialização do ser humano, o que leva o legislador a dedicar-lhe um ramo específico do direito.

O Direito das Famílias, por abranger a todos os cidadãos, representa um recorte da vida privada, sendo, por isso, objeto de grandes expectativas, constantes críticas e frequentes intervenções.

Com a evolução da sociedade (ex: globalização), das contínuas transformações da realidade familiar, o legislador não consegue acompanhar e contemplar todas as inquietações da família de hoje. Ainda assim, deve buscar continuamente a atualização normativa²⁰, considerando que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade, e tem direito à proteção tanto da sociedade quanto do Estado.

A família, embora constituída por relações privadas, possui uma estrutura de interesse público, na medida em que o indivíduo é compreendido não apenas como parte do vínculo familiar, mas também como integrante de um contexto social mais amplo.

Além disso, o direito das famílias valoriza, no seio das relações familiares, o desenvolvimento do afeto, da ética, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, reconhecendo esses elementos como estruturantes da família contemporânea.

CAPÍTULO II

2. DO PODER FAMILIAR.

A visão contemporânea do exercício do Poder Familiar é recente, razão pela qual surgiu a necessidade de um termo mais abrangente. Isso porque, na Antiguidade, e até um passado não muito distante, utilizava-se a expressão “Pátrio Poder”, oriunda do Direito Romano (*pater potestas*), que representava um direito absoluto e exclusivo do chefe da

¹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do Bem de Família*, p. 242 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 28.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 29.

família sobre a pessoa dos filhos²¹. Tal conceito surgiu justamente quando o Estado, tal como conhecemos hoje, começava a se constituir como organizador da vida em sociedade.

Observa-se que, à época, todo o poder e responsabilidade estavam centrados nas mãos do chefe da família. No entanto, com o desenvolvimento da vida em sociedade, especialmente com as conquistas femininas e a emancipação da mulher, esta passou a ser reconhecida como sujeito de direitos. Diante disso, tornou-se necessária a busca pelo equilíbrio nas relações familiares, inclusive na gestão e no exercício da autoridade no seio familiar.

O Código Civil de 1916 consagrava o pátrio poder como direito exclusivo do marido, considerado o chefe da família e da sociedade conjugal. Apenas nos casos de ausência ou impedimento do pai é que a mulher assumia a chefia e exercia o referido poder em relação aos filhos. Contudo, se contraísse novo matrimônio, perdia novamente este direito.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), passou-se a garantir o pátrio poder a ambos os cônjuges. Todavia, seu exercício permanecia concentrado nas mãos do marido, cabendo à mulher apenas colaborar com sua efetivação. Em caso de divergência entre os cônjuges, prevalecia a vontade do pai, restando à mulher o recurso ao judiciário para ter seus direitos garantidos²².

Por meio da Constituição Federal de 1988, passou-se a dar um caráter isonômico quanto ao exercício do poder familiar entre homens e mulheres (CF, Art. 5º, I), e ainda, se passou a assegurar com isto, iguais deveres e direitos referentes à sociedade conjugal (CF, Art. 226º, § 5º).

Nesse mesmo sentido, acentuou o Art. 21º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária competente para a solução da divergência²³.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, p. 353 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 382.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 382.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 302.

É importante destacar que, embora a expressão “poder familiar” tenha sido adotada com o propósito de refletir a igualdade entre homens e mulheres, ela ainda não alcança plenamente sua essência. Isso porque permanecem latentes as noções de autoridade e dominação, seja sob perspectiva paternalista, seja sob a ótica da estrutura familiar.

O cerne desta questão, ou melhor, deste princípio, reside no fato de que, antes de representar um poder, trata-se, na realidade, de uma obrigação por parte dos pais para com os filhos, e não da família como um todo, como o nome sugere²⁴. Por isso, o “poder familiar” deve deixar de ser compreendido como uma prerrogativa de mando, e passar a ser analisado, estudado e exercido como um dever fundamental.

A doutrina majoritária entende que a terminologia mais adequada para esse princípio seria *Autoridade Parental*²⁵ (Projeto do Estatuto das Famílias). Essa expressão seria mais condizente com as mudanças consagradas com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes (CF, Art. 227º).

Como se observa, o conteúdo do chamado poder familiar passou por diversas transformações, especialmente a partir da nova compreensão jurídica da criança e do adolescente. O menor deixou de ser tratado como objeto de direito e passou a ser reconhecido como sujeito de direitos. A autoridade exercida pelos pais, portanto, embora prevista legalmente, deve ser orientada pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse novo cenário, o Estado passou a fixar limites ao exercício da autoridade parental, prevalecendo o entendimento de que a *potestas* não é mais um direito dos pais, mas sim um interesse jurídico dos filhos.²⁶

Essa nova visão evidencia que tal autoridade não é absoluta, e que o Estado intervém de forma subsidiária nas relações familiares, visando assegurar os direitos da criança e do adolescente. Contudo, tal intervenção estatal deve ser cuidadosamente analisada, considerando a dificuldade em se estabelecer um ponto de equilíbrio entre a supremacia do

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, p. 355 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 383.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 299.

²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, p. 222 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 384.

Estado nos assuntos familiares e a autonomia dos responsáveis legais na condução da vida familiar.²⁷.

2.1. SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

Conforme exposto até o momento, o poder familiar configura-se como uma autoridade a ser exercida no interesse do menor. Desta forma, caso essa relação venha a ser comprometida ou prejudique o pleno desenvolvimento do menor, o Estado pode intervir para resguardar seus direitos.

A legislação prevê situações em que o titular do poder familiar pode ser privado de seu exercício, seja de forma temporária (suspensão) ou definitiva (perda). Tais medidas visam a proteção integral do menor, assegurando-lhe um ambiente saudável e adequado ao seu crescimento físico, emocional e social.

O Código Civil de 2002, disciplina alguns casos ensejadores da extinção do pátrio poder.

Art. 1.635º: Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Ressalta-se que a morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder, ficando este a cargo do genitor sobrevivente. A luz do Código Civil de 1916, a mãe perdia o direito ao exercício deste poder tão logo contraísse novo matrimônio, entendimento que foi superado com o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada).

O Art. 1.636º do Código Civil de 2002 estabelece expressamente que o pai ou a mãe que contrair novas núpcias ou estabelecer união estável não perde o poder familiar relação aos filhos. Assim, cabe ao genitor continuar exercendo tal poder de forma plena e autônoma, sem qualquer intromissão ou interferência por parte do novo cônjuge ou companheiro.

²⁷ LIMA, Taísa Maria Macena de. *Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos*, p. 673 *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p 384.

No que se refere a emancipação do menor, trata-se de um momento em que este adquire capacidade civil, sendo, portanto, uma das formas naturais de extinção do poder familiar, assim como a maioridade civil.

Já em relação à adoção, independente da modalidade, ocorre a extinção do poder familiar da família biológica, que passa a ser exercido exclusivamente pelos pais adotivos. Nessa hipótese, extingue-se o poder da família original, passando este a ser exercido pelo adotante²⁸, onde desta maneira, ocorre a transferência do exercício do poder familiar e não sua extinção.

Quanto à extinção ou destituição do poder familiar por decisão judicial, além de estar prevista no Art. 1.635º do CC/02, esta também permanece lastreada no Art. 1.638º:

Art. 1.638º. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Ademais, cumpre destacar que tal decisão decorre dos fatos graves ali descritos, os quais se revelam incompatíveis com o pleno exercício do poder familiar. Segundo Nelson Nery Junior (2009)²⁹ é imprescindível que o juízo realize uma apuração minuciosa da conduta dos pais, tendo em vista que se trata de medida que impacta diretamente os interesses do menor. Por essa razão, a decisão deve ser tomada com a máxima cautela, sendo os interesses do menor a principal razão para qualquer intenção judicial.

Na questão da suspensão do poder familiar, esta pode ser decretada por autoridade judicial e ainda, se for o caso, esta pode ser concedida liminarmente, após a apuração de conduta grave. Neste caso, observa-se o disposto no Art. 1.637º, que dispõe que os pais podem ter seu poder suspenso quando agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos, podendo o pedido de suspensão ser formulado por algum parente ou pelo próprio Ministério Público, ou mesmo de ofício.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 313.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7º Ed. rev., amp. e atual. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 1165.

As causas de suspensão previstas no Código Civil são propositalmente genéricas, conferindo ao magistrado ampla margem de apreciação para adequar a medida ao caso concreto. Assim é o conjunto probatório e circunstancial específico que irá embasar a decisão, garantindo que ela seja pautada no melhor interesse do menor.

Essa diretriz está em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), especialmente nos Arts. 22º e 24º, que tratam do descumprimento injustificado dos deveres e obrigações parentais. Além disso, os Arts. 155º ss do referido Estatuto, regulam os procedimentos legais para a decretação da perda ou suspensão do poder familiar.

A suspensão é uma medida menos gravosa do que a destituição ou perda do poder familiar. Uma vez cessados os motivos que a originam, poderá haver restabelecimento integral ou parcial do exercício da autoridade parental. Ressalta-se ainda que a suspensão pode abranger apenas determinados aspectos do poder familiar, limitando-o parcialmente, sem afastamento total dos direitos parentais. E ainda, há que se observar que o E. C. A. trata das questões de suspensão e perda do poder familiar nos mesmos dispositivos, inclusive processuais.

Há que se ressaltar que a suspensão ou destituição do poder familiar não constituem caráter meramente punitivo dos pais, mas sim, um ato em benefício do menor, que passa a ficar afastados de uma conduta nociva³⁰. E que a sentença que decreta a perda ou suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento do menor (Art. 164º do E. C. A. e Art. 102º, § 6º, da Lei de Registros Públicos).

E ainda, importante se faz elencar, que o futuro Estatuto das Famílias, possibilitará que em qualquer situação, será possível, sempre no interesse do menor, o restabelecimento da autoridade parental via decisão judicial (Art. 95º).

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 315 *apud* RODRIGUES, Silvio, 1999, p. 359.

CAPÍTULO III

3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PODER FAMILIAR SOB A ÉGIDE DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal como norma hierárquica superior, devendo todos os demais diplomas normativos observar e prestar-lhe a devida obediência, tanto em caráter formal quanto no material, sob pena de resultar em uma inconstitucionalidade caso contrariem seus preceitos.

Nesse contexto, a Constituição passou a disciplinar expressamente sobre as questões relacionadas à organização familiar, conferindo a este ente ao separar um capítulo próprio (Art. 226º a 230º), para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso.

Destacam-se, nesse cenário, os Arts. 226º e 227º da CF/1988, que versam, respectivamente sobre a proteção do núcleo familiar como base da sociedade e sobre o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, estabelecendo que é dever da família, da sociedade e do estado assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais desses sujeitos.

Art. 226º: A família, base da sociedade, tem total proteção do Estado;

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

Desse modo, é de suma importância que as normas e regras do Direito das Famílias estejam dispostas constitucionalmente. Coadunando com este pensamento, Rodrigo Pereira da Cunha destaca ser importantíssimo elencar tais princípios vitais e fundamentais do Direito das Famílias. Onde sem estes, não seria possível a aplicação de um direito voltado ao ideal de justiça, e assim, fazendo reluzir um cristalino espírito de ordem civil, ou seja, de um Direito Civil-Constitucional³¹.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cf. *Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família*, p. 36 apud FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º Ed. Rev., Amp. e Atal. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 36.

3.1. DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUANTO À PROTEÇÃO DO MENOR E A INTERVENÇÃO DO ESTADO.

A Constituição Federal, em seu art. 227º, prescreve que “é dever da família, da sociedade e do Estado”, relativamente aos menores de 18 anos, “colocá-los a salvo de toda forma de negligência”.

A maior “lei” do país, a Constituição Federal, manda resguardar os menores não de uma ou outra forma de negligência, mas de “toda a forma de negligência”. Isto é, menores de 18 anos, pela lei, não podem ficar desassistidos, descuidados, soltos e sem qualquer vigilância; sobretudo, em locais onde se usam bebidas alcoólicas, indiscriminadamente, ou até drogas ilícitas. Desta maneira, entende-se, expostos a situações de risco.

Tais situações denotam “toda forma de negligência”, que a família, a sociedade e o Estado devem combater, conforme as regras da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, dispõe o Art. 5º do este último diploma jurídico (ECA) que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência”.

Convém ressaltar, que essas formas de negligência podem ocasionar ao menor um comprometimento físico e mental em total afronta à premissa fundamental do Estatuto da Criança e do Adolescente, constante do artigo 3º, que é a “proteção integral”.

Por seu turno, se a família ou a sociedade falham, por negligência, no que se refere à proteção do menor, o Estado não pode falhar, aliás, tem o dever de agir, sendo esta atitude, uma premissa fundamental no desenvolvimento de um Real Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, também preleciona o Art. 70º do Estatuto da Criança e do Adolescente que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

É clara a questão de que a lei utiliza a palavra “todos”. Se quisesse dizer que só aos pais cabe o dever de cuidar dos filhos menores, vigiá-los e impor condutas que os livrem dos perigos, como horários, por exemplo, parece bem razoável supor que a lei não se valeria da expressão “todos”.

Washington de Barros Monteiro³², expõe que se faz necessário ressaltar a fiscalização complementar exercida pelo poder público no âmbito das relações familiares. Sem que se possa perder de vista a missão conferida ao pai ou à mãe, cuja função está revestida de relevante importância social, cabe ao Estado vigiar, corrigir, complementar e, em determinadas circunstâncias, até suprir a atuação daquele que exerce o poder familiar.

Ademais, caso os responsáveis legais não cumpram com as suas obrigações em relação aos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente não somente determina que o Estado atue, de forma substitutiva ou complementar, para afastar os menores das situações de risco, como este diploma também prescreve, de forma expressa, que os pais devem obedecer às ordens judiciais no sentido da prevenção e da proteção do menor.

Cumpre, ainda, destacar que é preciso ter muita cautela ao estabelecer de que forma ocorrerá tal intervenção por parte do Estado, devendo este objetivar o melhor para o menor, buscar promover seus direitos e garantias, sem jamais acarretar-lhe prejuízos, e ainda, que este ente trabalhe no intuito de preservar a família por meio da manutenção do afeto entre seus integrantes.

3.2. O MENOR COMO SER SOCIAL.

Considerando os pontos abordados na presente pesquisa, verifica-se que a família constitui o berço da sociedade e do Estado, uma vez que é no seio familiar que o menor se desenvolve e possui as suas primeiras impressões e experiências interpessoais. É nesse ambiente que se formam os valores, os vínculos afetivos e as referências essenciais para a construção da identidade social do menor, tornando-o, progressivamente, um ser ativo e integrante do convívio comunitário.

Com base nos princípios de Física Quântica, formulados por Max Planck, e na Teoria Relativista, de Albert Einstein³³, consolida-se a visão de que o menor é um ser humano integrado e interdependente dentro do Universo. Sob essas perspectivas, suas atitudes, capacidades e escolhas não influenciam apenas a sua própria trajetória, mas também

³² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 29ª edição, atualizada, São Paulo, Saraiva, 1992, V. 2, p. 276.

³³ OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal: O Crime Precipitado ou Programado pela Vítima*. 3º Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 36.

repercutem no corpo social como um todo, reafirmando a natureza relacional e coletiva da existência humana.

A Professora Danah Zohar³⁴ destacou, em sua análise da Nova Física, fundamentada na Teoria Quântica, a consciência como elemento central na demonstração da responsabilidade do ser em relação ao meio em que vive. Tal abordagem valoriza aspectos como a liberdade individual e, sobretudo, em que medida o uso da liberdade torna os indivíduos responsáveis pelas consequências decorrentes de suas escolhas.

A partir dessa perspectiva, busca-se enfatizar a importância de o menor se perceber, e ser percebido, como um ser em desenvolvimento, plenamente interligado aos membros da sociedade, cuja atuação e decisões inevitavelmente repercutem no contexto social mais amplo.

Além disso, busca-se evidenciar a importância e a responsabilidade dos pais ou responsáveis, bem como do próprio Estado (enquanto produto e agente social), perante o menor, reconhecendo-o como sujeito de direitos e não somente como seu objeto. O objetivo é promover a percepção do menor como um ser livre, consciente de sua responsabilidade e da sua capacidade de reagir e interagir os demais indivíduos e com o meio no qual está inserido.

Nesse sentido, o menor deve estar, a todo momento, comprometido com a sociedade na qual se desenvolve e se descobre como um ser social, assumindo gradativamente uma posição de relevância e de influência positiva no sistema em que atua, seja no âmbito familiar, seja nos círculos de amizade ou demais espaços de convivência³⁵.

3.3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DO MENOR.

Não há palavra que tenha sido alvo de interpretações tão diversas, nem que tenha despertado tamanho interesse ao longo da história humana quanto a palavra “liberdade”³⁶.

Desde as eras mais remotas, o ser humano almeja a liberdade. Liberdade pessoal, de espírito, econômica ou política. Trata-se de uma necessidade básica do indivíduo e de um pressuposto intrínseco para o desenvolvimento da pessoa humana. As normas que asseguram

³⁴ Ibidem, pp.36-37.

³⁵ Ib idem, p. 44.

³⁶ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Texto Integral – São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005, p. 163.

tais liberdades são denominadas “direitos fundamentais”³⁷, por representarem garantias indispensáveis à dignidade, à autonomia e à realização individual no seio da sociedade.

De acordo com Emmanuel Kant, a liberdade constitui o ponto de partida de uma sociedade esclarecida, e sua proteção figura como importância de primeira ordem, e sua garantia legitima toda a ordem jurídica³⁸.

Os direitos fundamentais não surgem contra qualquer pessoa, mas se dirigem apenas contra o Estado, e contra as barreiras impostas a liberdade por ele controlados ou controláveis³⁹.

Preleciona Montesquieu (2005)⁴⁰, em sua obra *Do Espírito das Leis*, que em um Estado, ou melhor, em uma sociedade onde existem leis, a tão aclamada liberdade não pode consistir senão embasada em se poder fazer o que se deve. Desta maneira, verifica-se que tal liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que a lei faculta.

O exercício dos direitos fundamentais ou da liberdade pelo seu titular, segundo Bodo Pieroth e Bernhard Schlink⁴¹, levaria ao conflito de cunho geral das pessoas, assim como também com direitos, sejam estes fundamentais ou não, de outros titulares. Motivo pelo qual faz-se necessária uma certa ingerência no tocante aos direitos fundamentais, e impor limites ao seu pleno exercício.

Vislumbra-se ingerência, uma limitação ou restrição, uma afetação, uma redução ou uma delimitação por parte Estatal, toda vez que o particular fica impedido agir, mesmo sendo titular de um direito fundamental. Sendo tal ingerência individual ou geral⁴².

No que tange ao menor, o direito de ir e vir, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não possui caráter absoluto, no sentido de vedar, ou impedir toda e qualquer restrição de ir e vir para crianças e adolescentes, mesmo em locais públicos.

³⁷ LOTHAR, Michael e MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 47.

³⁸ KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Werke XI* (edição de Weischedel), 1977, p. 39 *apud* LOTHAR, Michael e MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 48.

³⁹ LOTHAR, Michael e MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 48.

⁴⁰ *Ib idem*, p. 164.

⁴¹ PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução Antônio Franco e Antônio Francisco de Sousa. Universidade Lusíada Editora. Lisboa, 2008, p.64.

⁴² *Ib idem*, p. 65.

Artigo 5.º, XV, da Constituição Federal: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

(...)

Artigo 16º, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente: O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais.

Destaca-se que a Constituição Federal, em seu Art. 227º, inciso V, estabelece que o direito à proteção integral – para crianças e adolescentes – abrange, entre outros, o de “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”.

Isto demonstra que a própria Constituição dispõe sobre a hipótese de haver “privação” de liberdade para crianças e adolescentes, quando menciona os princípios a serem observados, em casos em que ela, a privação, ocorra.

Por outras palavras, haverá obediência à Constituição, no tocante ao direito à proteção integral, se a “privação” de liberdade do menor de 18 anos (aí incluindo, crianças)⁴³ observar os princípios da *brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*.

Em um segundo momento, além da Constituição não excluir as possibilidades de “privação” do direito de ir e vir para menores de 18 anos, o Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao dispor, em seu Art. 16º, inciso I, que “o direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”.

Verifica-se assim, que tais “ressalvas” (no plural) ao direito de ir e vir, contidas no supracitado artigo, não se referem apenas às medidas socioeducativas de contenção da liberdade, como semiliberdade ou internação, ou até mesmo a previsão de cadeia pública para o adolescente, na internação provisória⁴⁴, observando-se que essas “ressalvas” ao direito de ir

⁴³ Embora possa parecer duro falar em privação de liberdade de crianças, ela existe no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 101º, VII), nos casos de criança, em situação de risco, colocada em abrigo. Obviamente, não restrição vigiada de liberdade, como cadeia ou internação, mas um abrigo não deixa de ser restrição da vontade de ir e vir de um menor, que pode até se converter em restrição do direito de ir e vir (por exemplo, a instituição de abrigo não permite saídas de crianças, nem com os pais eventualmente suspensos do poder familiar, a qualquer hora ou dia, devendo, até os pais, submeter-se ao regimento da instituição).

⁴⁴ Cadeia para adolescente encontra previsão nos artigos 174º, § 2.º, e 185º, § 2.º.

e vir também abrangem restrições de liberdade de menores de 18 anos desvinculadas da prática de atos infracionais.

Pode-se encontrar no Estatuto da Criança e do Adolescente, restrições ao direito de ir e vir de menores de 18 anos, sem que precise ter havido qualquer ato infracional (estipuladas, essas restrições), sendo estas com a finalidade de prevenção e de proteção aos menores. Ou seja, restrições previstas na lei para benefícios das crianças e dos adolescentes.

Algumas restrições ao direito de ir e vir refletem a finalidade legal da prevenção. Por exemplo, impedimentos que podem ser impostos para presença e para a frequência de menores de 18 anos, como disposto no Art. 74º do ECA, onde as *diversões e espetáculos públicos* não são a eles recomendados ou são a eles inadequados, pois são estes incompatíveis com sua faixa etária.

Ainda, este mesmo diploma jurídico, o Estatuto da Criança e do Adolescente, prescreve expressamente que “as crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável” (Art. 74, Parágrafo Único).

Concernente a este raciocínio, o Estatuto também prevê a possibilidade de limitação do ir e vir de menores de 18 anos em “estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congênere ou casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente” (Art. 80º).

Também outra ressalva ao direito de ir e vir está na regra de que “nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial” (Art. 83º). E mais um exemplo: nem mesmo um adolescente de 17 anos tem o direito de ir e se hospedar, sozinho e sem autorização de seus pais, em “hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere” (Art. 82º).

Além dessas referidas “ressalvas”, específicas ao direito de ir e vir, e que são expressamente impostas para prevenir os menores de 18 anos de uma série de riscos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no Art. 149º, que “competem à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará”, uma série de

regramentos que se constituem verdadeiras restrições ao direito de ir e vir de menores de 18 anos, também com nítido conteúdo de prevenção⁴⁵.

Também, para crianças e adolescentes em risco efetivo ou potencial (por exemplo, uma criança de 11 anos que foi abandonada pelos pais e não tem para onde ir e, depois, vir), o Estatuto prevê a possibilidade de restrição da liberdade com a colocação em abrigo, com nítida característica de proteção.

Em suma, as “ressalvas” ao direito de ir e vir de crianças e adolescentes são aquelas estabelecidas pela lei, e em sua maior parte, com a finalidade de prevenção e proteção; e, em uma menor parte, a lei “ressalva” o direito de ir e vir, pelas medidas socioeducativas, como decorrência de ato infracional praticado por adolescente.

Cumprе ressaltar, ainda, que todos os meios de intervenção por parte do estado no âmbito familiar, e/ou ressalvas dispostas em lei para a prevenção e proteção do menor, possuem como parâmetro a preservação da dignidade do menor, bem como, a sua manutenção.

3.4. DA DIGNIDADE DO MENOR. PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO E PROIBIÇÃO DO EXCESSO.

Os defensores da teoria “político-social” interpretam os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais de forma ampla e dinâmica. No entanto, reconhecem que sua aplicação pode estar sujeita à chamada ponderação⁴⁶ de princípios. Isso significa que, em casos de

⁴⁵ Artigo 149º. 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.

⁴⁶ LOTHAR, Michael e MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 63.

colisão entre direitos fundamentais, estes podem ser relativizados com o objetivo de se alcançar a máxima efetividade possível de todos os direitos envolvidos no caso concreto⁴⁷.

A essência dos direitos fundamentais, nesse contexto, não está em sua aplicação absoluta, mas sim na sua natureza de princípios que devem ser ponderados e equilibrados. Tal compreensão visa garantir que nenhum direito seja exercido de forma excessiva a ponto de violar outros direitos igualmente relevantes, especialmente quando se trata da proteção da dignidade da pessoa humana, e mais especificamente, da dignidade do menor.

Quando o Estado, no exercício do seu poder-dever, intervém no núcleo familiar, seu objetivo é resguardar e proteger os direitos do menor, especialmente frente a situações de negligência, abuso ou risco. Trata-se de uma atuação preventiva e protetiva, que visa assegurar a integridade física, psíquica e moral da criança ou adolescente.

Para tanto, é possível que o Estado restrinja determinados direitos, não apenas dos integrantes da família, mas também do próprio menor. Como já mencionado, o direito à liberdade, especialmente o direito de ir e vir, pode sofrer limitações, desde que sejam justificadas pela necessidade de proteção e amparadas pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. É um ato que objetiva prevenir este sujeito de quaisquer formas de negligência.

Conforme foi referido, tal medida é oriunda da necessidade e motivada pela vontade de salvaguardar a integridade física ou até psíquica do menor de 18 anos, posto que este, ainda não alcançou a maturidade para discernir e tomar atitudes e escolhas em momentos de perigo eminente, daí a necessidade de afastar-lhe da negligência oriunda de seus pais e ou responsáveis.

Nestes casos de intervenção, há que se ressaltar o direito que o menor possui quanto a sua dignidade, onde o Estado, ao tomar medidas de intervenção, deve ter para com esta, consideração fundamental, e pautada em atender a um interesse superior deste sujeito de direitos, buscando garantir seu direito de personalidade enquanto membro do corpo familiar.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental consagrado no ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁸, encontra no âmbito familiar um

⁴⁷ Idem, p. 63.

⁴⁸ Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o

terreno propício para seu enraizamento e pleno desenvolvimento. Por essa razão, justifica-se a diretriz constitucional segundo a qual o Estado deve conferir especial ênfase e efetiva proteção⁴⁹ a esse princípio, sobretudo ao intervir na vida do menor e em seu convívio familiar. Tal intervenção deve estar sempre orientada pelo compromisso com a proteção integral da criança e do adolescente, resguardando sua dignidade como valor central.

CAPÍTULO IV

4. O “TOQUE DE ACOLHER” OU “TOQUE DE RECOLHER” COMO MEIO DE INTERVENÇÃO ⁵⁰.

Segundo o Dr. Evandro Pelarin⁵¹, Juiz da 1º Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Fernandópolis/SP, a vontade sempre foi a de aplicar, completamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente. E com isso, evitar o que T.S. Eliot, citado por Nelson Ascher, disse sobre a descrença do povo com suas leis: “entre a criação de uma lei e sua implementação, cai a sombra”.

Como produto dessa ideologia e intenção, surgiu o chamado “toque” (como se passará a denominá-lo), no intuito de demonstrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente está em vigor e, por meio dele, busca-se a proteção integral das crianças e adolescentes. Onde o “toque” dá vida e é exemplo claro da materialização do intuito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que objetiva um exercício pleno da efetiva proteção integral do menor.

pluralismo político; Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁴⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Belo Horizonte: IBDFAM, N 39 – Dez a Jan 2007, p. 158.

⁵⁰ O presente Capítulo surgiu como produto de um diálogo sobre o “toque de acolher” ou “toque de recolher”, realizado junto ao Dr. Evandro Pelarin.

⁵¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP - Franca – SP, em 1994; Mestre em Direito pela mesma Universidade, em 2001; Graduado em História pela Fundação Educacional de Fernandópolis, em 2003; Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em 1996; Juiz de Direito, desde março de 1997, titular da Comarca de Estrela d’Oeste e, a partir de 4 de julho de 2005, titular na Comarca de Fernandópolis, onde ocupa a 1.ª Vara Criminal e a Infância e Juventude; Autor da obra: *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*, São Paulo: Editora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano de 2002, 172 páginas; Títulos de cidadão honorário nas cidades de Dolcinópolis, Turmalina, Estrela d’Oeste, Fernandópolis, Indaiaporã e Meridiano; Agraciado, pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, em 7 de outubro de 2005, com a medalha “Brigadeiro Tobias de Aguiar”.

4.1. O “TOQUE DE RECOLHER” OU O “TOQUE DE ACOLHER” PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

O “toque de recolher” é a denominação que acabou sendo atribuída a portaria da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fernandópolis ⁵², Estado de São Paulo, proferida, primeiramente, em agosto de 2005. Onde esta não é uma lei municipal, como alguns mencionam.

A referida decisão judicial detém, em resumo, a seguinte determinação:

As Polícias (Civil e Militar) e o Conselho Tutelar devem recolher crianças e adolescentes – desacompanhados dos pais ou de adulto responsável – em situações de risco (por exemplo, menores de 18 anos, pelas ruas, em contato com bebidas alcoólicas, drogas ou prostituição), encaminhando-os aos pais, imediatamente, como medida de proteção, mediante advertência; isso, sem prejuízo de outras providências, como a responsabilização dos pais, por multas, em caso de reiterada negligência, e o tratamento de menores viciados em drogas.

Além disso, desde o momento em que o “toque” foi instituído, até sua suspensão em 2012, emitiu-se uma recomendação pública para que os pais não deixassem seus filhos menores, sozinhos, nas ruas ou outros lugares perigosos, depois das 23 horas.

O termo “toque de recolher” não consta dos processos judiciais de Fernandópolis.⁵³ Chega-se à conclusão de que tal denominação surgiu devido à recomendação judicial, para que os menores de 18 anos não permanecessem sozinhos, principalmente nas ruas, depois das 23 horas, quando as rondas de fiscalização são mais frequentes (isso porque, por motivo das altas horas da noite, são mais comuns as ocorrências de situações de risco). E ainda, constatou-se que as operações noturnas da força-tarefa, como se verifica ao longo do tempo, acabaram inibindo a presença, nas ruas, de menores desacompanhados, o que pode ter contribuído para a determinação da nomenclatura da medida como “toque de recolher”.

⁵² A comarca de Fernandópolis abrange, atualmente, os municípios de Fernandópolis (63.414 habitantes), Pedranópolis (2.544), Macedônia (3.661) e Meridiano (4.149).

⁵³ Na Comarca de Ilha Solteira, cujo Juiz proferiu decisão semelhante no início de 2009, a expressão “toque de recolher” é mencionada na sentença, além de um regramento de horários para faixas etárias de menores de 18 anos a serem recolhidos, quando em situação de risco também. Mesmo assim, pela leitura daquela decisão judicial, o termo “toque de recolher” não é empregado no sentido de ordem de recolhimento desregrada e desmedida, pois, com fundamentos sólidos, a decisão do Juiz ilhense não descuida das situações de risco, a partir das constatações prévias, feitas pela equipe designada pelo magistrado, sobre os locais de risco daquela cidade e as ocorrências respectivas, comprometedoras da segurança dos menores de 18 anos.

No intuito de melhor adequar o nome ao seu objetivo, a Associação dos Amigos da Cidade de Fernandópolis, em abril de 2009, decidiu dar outro título à medida judicial, chamando-a de “toque de acolher”.

Com isto, de fato, parece mesmo mais apropriado, em razão da essência da medida judicial que era a proteção e a prevenção aos menores de 18 anos, tirando-os das ruas, quando em risco, inserindo-os junto à família, ou evitando que eles ingressem nas situações de perigo.

4.2. QUAL O MOTIVO DO SURGIMENTO DO “TOQUE DE ACOLHER”?

Na Comarca de Fernandópolis, inúmeras eram as reclamações, direcionadas à Vara da Infância e da Juventude, vindas de moradores da cidade, de integrantes de clubes de serviço e de Vereadores, no tocante à presença de menores de 18 anos nas ruas, de maneira especial, utilizando-se do consumo de bebidas alcoólicas.

Por meio desses protestos, os cidadãos fernandopolenses diziam-se indignados com casos explícitos de adolescentes ingerindo bebidas alcoólicas pelas ruas, à noite, na principal avenida da cidade e adjacências.

E ainda, havia na cidade um clamor para que a justiça tomasse as devidas providências, em razão do que a sociedade fernandopolense considerava alto índice de delinquência juvenil. Tais como: furtos de casas, de aparelhos de automóveis e até roubos à mão armada em residências. Tudo isso pode ser constatado por meio de jornais da cidade daquela época.

Em julho do ano de dois mil e cinco, como fruto de alguns encontros e reuniões por provocação da justiça, a partir de uma petição do Ministério Público local, o Poder Judiciário determinou a formação de uma força-tarefa – com junção das forças de segurança (Polícias Civil e Militar) e do Conselho Tutelar, convidando, ainda, a Ordem dos Advogados do Brasil – para o cumprimento e a fiscalização das decisões proferidas pela Vara da Infância e da Juventude da Comarca, consistentes na retirada das ruas dos menores em situação de risco⁵⁴.

⁵⁴ Exemplos de situação de risco: ingestão de bebidas alcoólicas, drogas, exposição à prostituição, desamparo em geral, importunação ofensiva ao pudor, exposição a som de alto volume, propagado por veículos particulares ou estabelecimentos comerciais, menores de dezoito anos em condução de veículo automotor ou motocicletas, menores nas ruas, desacompanhados de pais ou responsável, desde que a eles existente ou potencial a situação de risco, como nos exemplos acima, mormente se presentes nas ruas, calçadas, estabelecimentos comerciais como

4.3. BALANÇO DO TRABALHO DE TODA EQUIPE DURANTE TODO O TEMPO EM QUE O “TOQUE” ESTÁ EM VIGOR.

Desde o momento de sua decisão, em agosto de 2005, até 2012 (ano da suspensão do Toque de Recolher por iniciativa do próprio magistrado Evandro Pelarin⁵⁵), os resultados numéricos, em Fernandópolis, foram os seguintes: diminuição no número geral de atos infracionais de maneira significativa⁵⁶, como se pode observar nos dados obtidos via Certidões Judiciais emitidas pelo Cartório de Fernandópolis/SP quanto ao número de infrações cometidas por menores do ano de 2004 a 2012.

Contudo, a motivação legal e jurídica da decisão judicial não era a de tão somente combater a criminalidade juvenil. Mas sim, enfrentar as situações de risco, reais ou potenciais, em que se encontravam (e se encontram) crianças e adolescentes. E quanto a este aspecto, os números são ainda mais surpreendentes.

Nas primeiras operações conjuntas, ocorridas de agosto a dezembro de 2005, realizadas à noite (sextas e sábados), por volta da meia noite, chegava-se a recolher algo em torno de 40 menores de 18 anos. Neste caso incluindo-se algumas crianças. Menores estes na situação de clara embriaguez ou junto de pessoas embriagadas. Alguns adolescentes, em número menor, com sinais aparentes de uso de drogas pesadas e até casos de prostituição juvenil pelas ruas⁵⁷.

Hodiernamente, reduziram-se, significativamente, as ocorrências de risco. Em operações, por volta de abril de 2009, tendo sido esta acompanhada pelos repórteres da Folha de S. Paulo e do jornal o Estado de S. Paulo, três adolescentes foram encontrados em situação

bares, restaurantes, lanchonetes, danceterias, discotecas, shopping da cidade de Fernandópolis e das cidades da Comarca.

⁵⁵ Segundo Pelarin, tal suspensão foi para evitar injustamente pais de crianças e adolescentes infratores. “Eu não posso continuar multando pais e responsáveis, por meio de uma portaria que pode ser anulada a qualquer momento pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), conta Pelarin, daí o motivo de suspender a portaria por conta própria. Disponível em <https://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05suspensao-toque-de-recolher-em-fernandopolis-sp.html>. Acessado em 23/06/2025.

⁵⁶ Furtos praticados por adolescentes: 2004, 131 ocorrências; 2005, 123; 2006, 82; 2007, 59; e, 2008, 55. Porte de armas (armas de fogo e ‘brancas’, como facas): 2004, 2 ocorrências; 2005, 15; 2006, 5; 2007, 2; e, 2008, 2. Lesões corporais praticadas por adolescentes: 2004, 61 ocorrências; 2005, 68; 2006, 49; 2007, 53; e, 2008, 48. Total geral dos atos infracionais: 2004, 346 ocorrências; 2005, 378; 2006, 329; 2007, 290; e, 2008, 268. Fonte: Livro de Registro Geral de Feitos da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fernandópolis, em certidão de 27 de abril de 2009.

⁵⁷ Esses dados podem ser recolhidos a partir dos autos do processo 320/2005 e dos registros da imprensa escrita e televisada, cujos vídeos, mostrando algumas dessas operações, ano a ano, estão em DVD, juntado como documento nos autos do processo 75/2009.

de risco. Uma menina de 15 anos dizia ser namorada de um adulto que foi flagrado com um revólver municiado e uma porção de maconha.

Ainda, no mesmo grupo, um rapaz de 17 anos, visivelmente alterado (talvez pelo uso de drogas), e outra adolescente de 16 anos. O adulto foi preso em flagrante, enquanto os três adolescentes seguiram para a sede do Conselho Tutelar, onde os pais foram chamados para advertências e, depois, levaram os filhos para casa⁵⁸.

4.4. O “TOQUE” FOI UMA MEDIDA ABUSIVA OU IMPEDITIVA DA DIVERSÃO DE MENORES DE 18 ANOS?

Definitivamente, o “toque não era um impeditivo para a diversão dos menores. Importante se faz ressaltar que toda a equipe operacional (Polícias e Conselho Tutelar) foi treinada para abordar jovens em situação de risco”.⁵⁹

Em momentos em que estudantes uniformizados ou meninos e meninas que voltam para casa, depois do cinema ou da casa de um amigo (como hipóteses), estes não são conduzidos ao Conselho Tutelar para advertências ou multa aos pais; a polícia, nesses casos, informa-os que está ali para a proteção deles, orienta-os quanto aos perigos das ruas e a importância da presença dos pais junto com os filhos e até é oferecida uma carona para casa.

Vale salientar, que durante os anos de trabalho, nunca (frise-se) foram recebidas (diz-se Poder Judiciário) quaisquer reclamações contra policiais ou conselheiros tutelares por algum abuso cometido por estes em relação às crianças e aos adolescentes em situação de risco.

E ainda, além do encaminhamento dos filhos aos pais, como regra geral das medidas de proteção, se o caso e onde houvesse necessidade, a família recebia auxílio de psicólogos e de assistentes sociais, dependendo de cada tipo de ocorrência.

⁵⁸ Toda a operação e as diligências posteriores (audiências, representações etc.), relativamente a esses três adolescentes, estão nos autos do processo 75/2009.

⁵⁹ Esse “treinamento”, na verdade, é oriundo de um aprendizado conjunto (Juiz, Promotor, OAB, Polícias e Conselho Tutelar), no desenvolvimento do trabalho. Previamente à saída dos policiais e conselheiros tutelares, sempre há uma preleção onde se reforça que não se deve atuar, diante de crianças e adolescentes em risco, como se estivessem diante de delinquentes. E ainda, nesses momentos, conta-se com a presença de um representante da OAB, e até mesmo, muitas vezes, nas ruas, observando o trabalho de campo. Também, policiais não devem ter contato físico com os menores em risco; apenas, nesse ponto, se necessário, os conselheiros tutelares. Ainda, menores apanhados em risco não devem ser colocados em viaturas policiais de patrulhamento; eles devem ser transportados para a sede do Conselho Tutelar ou para a residência dos pais em veículo do Conselho Tutelar.

Em casos de adolescentes viciados em drogas, por exemplo, era oferecido tratamento contra dependência em clínicas particulares, de alto custo (mensalidades de R\$ 500,00, em média, fora enxoval que custa R\$1.000,00, aproximadamente), por meio de acordo firmado entre a Vara da Infância e Juventude e a Unimed/Responsabilidade Social. Durante esses anos, alguns meninos e meninas passaram por esse programa, com bom índice de recuperação da dependência química⁶⁰.

No início do ano de dois mil e cinco, surgiram algumas reclamações de meninos e meninas contra a medida, principalmente, quanto à recomendação para que não ficassem sós, na rua, altas horas da noite.

Neste momento estiveram (diz-se aqui Juiz, Policiais, Conselheiros Tutelares, MP e OAB) em escolas, associações de bairro, clubes de serviço, Câmaras Municipais, motivados pela vontade de tentar explicar as razões da decisão.

Com o passar do tempo, os protestos diminuíram e os menores de 18 anos começaram a ir para casa mais cedo. Muitos jovens enviaram moções de apoio, por mais paradoxal que isso possa parecer.

Posteriormente, algumas alternativas interessantes surgiram, como uma boate que foi criada para meninos e meninas de 14 a 18 anos, chamada “Proibida Entrada para Maiores de 18 anos”, onde inexistem bebidas alcoólicas e o funcionamento vai das 19 às 23 horas. E pelo que é sabido, por meio da reportagem da Folha de S. Paulo (caderno *Folhateen*)⁶¹, as festas de jovens nas próprias casas, junto com um adulto, tornaram-se mais constantes na Comarca⁶².

⁶⁰ Há que se falar, neste caso, que atitudes como esta são em favor do cumprimento da Constituição Federal que, no artigo 227, estabelece o direito à proteção especial que abrange, entre outros aspectos, “programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins”.

⁶¹ Folha de S. Paulo, de 4 de maio de 2009.

⁶² Um modo de diversão, diga-se de passagem, que vai ao encontro do art. 71º do Estatuto, pois “a criança e o adolescente têm direito a (...) lazer (...) diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. A diversão na rua, para um garoto ou garota, altas horas da noite, sem um adulto responsável, não atende ao preceito do já referido artigo 71º do Estatuto.

4.5. PROTEGER INTEGRALMENTE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO TOCANTE À MEDIDA DO “TOQUE”.

A Constituição Federal, no Art. 227º, parágrafo 3º, estabelece o direito de “proteção integral”.⁶³ No que se refere à medida do “toque”, como medida de proteção, vale ressaltar que a Constituição não veda a possibilidade de “privação” (como anteriormente dito) da liberdade de crianças e adolescentes, se necessária à proteção integral.

No caso do “toque”, essa “privação” pautava-se em recolher a criança ou o adolescente em situação de risco, transportá-lo em veículo compatível com a sua condição (viatura do Conselho Tutelar) até o encaminhamento aos pais ou responsáveis. Destaca-se que tudo era realizado sem a presença de algemas, celas, de castigo, de vingança, ou retribuição. Logo, a “privação” que se pode vislumbrar na execução da medida do “toque” obedecia aos princípios constitucionais da “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, como está disposto no inciso V do artigo 227º da Constituição Federal.

No que diz respeito ao elemento preventivo do “toque”, oriundo da recomendação do horário, não parece apropriado falar-se em privação de liberdade. Nenhum ato material e concreto do Estado atua sobre o menor de 18 anos, que dispõe da ampla liberdade de ir e vir, desde que longe de qualquer situação de risco, que comumente ocorre altas horas da noite. A única decorrência estatal no descumprimento da medida de prevenção era atribuída aos pais, com multa, caso estes, os pais, descumprissem as recomendações e tivessem os filhos recolhidos em situação de risco.

Ante o exposto, retirar das ruas meninos e meninas em situação de risco, entregando-os aos pais, ou recomendar a eles e a seus pais que os menores de 18 anos não permaneçam em lugares perigosos, principalmente à noite, é cumprir o mandamento da proteção integral, resguardando e protegendo as crianças e adolescentes, para que estes possam usufruir de um

⁶³ Constituição, artigo 227º, § 3.º: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins”.

pleno “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, conforme prescreve o art. 3.º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E ainda, quando estabelece medidas de prevenção ⁶⁴, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Art. 72º, vislumbra que “as obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados”.

Para o Estatuto, portanto, é possível a edição de outras medidas de prevenção que não apenas as expressamente instituídas no Estatuto (Arts. 74º a 85º), desde que estas medidas preventivas sejam condizentes com os princípios do referido diploma jurídico, para que assim, a criança e o adolescente tenham, entre outros, o direito ao “lazer, diversão, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (artigo 71º)⁶⁵.

Ressalta-se, neste ponto, que o “toque” buscou alcançar um dos princípios mais destacados do Estatuto da Criança e do Adolescente, o da “proteção integral” (Art. 3º). Com isto, a finalidade do “toque” não era proteger parcialmente o menor, apenas com a medida de proteção, mas sim protegê-lo integralmente, como manda a lei, valendo-se da medida de prevenção, no caso, a recomendação de horário.

4.6. DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AOS JOVENS QUE PERMANECEM DESREGRADAMENTE NAS RUAS, SEGUNDO O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Por meio da leitura dos Arts. 70º e 72º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que conferem ao Poder Judiciário, a possibilidade de recomendação ou até mesmo fixação de

⁶⁴ Medidas que modulam a informação, a cultura, o lazer, os esportes, as diversões, os espetáculos, públicos ou privadas, os produtos e serviços e as viagens, em respeito à condição peculiar de desenvolvimento de pessoa menor de 18 anos, conforme artigos 74º a 85º do Estatuto.

⁶⁵ Considerando a questão legal afeta a este tema, pelo precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RMS 8563/MA), onde, num mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão contra a Portaria 1/96, baixada pela MM Juíza de Direito da Infância e Juventude da Comarca de Imperatriz-MA, o Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (hoje, integrante do STF), decidiu que a Portaria 1/96 daquele juízo (que proíbe a permanência de crianças e adolescentes entre 0 e 14 anos nas ruas, praças, casas de videogame, fliperama, bares, boates ou congêneres, logradouros públicos, parques de diversões, clubes e danceterias, após as 20:30 horas, salvo se acompanhados, estritamente, pelos pais ou responsáveis, determinando-se a condução dos menores, flagrados nessas hipóteses, ao juizado e entrega aos pais), “não encerra qualquer conteúdo teratológico”. Assim, há um sólido subsídio jurisprudencial de que recomendação ou fixação de horário a menores de 18 anos, como se deu em Fernandópolis e em Ilha Solteira, encontra respaldo legal.

horário de permanência nas ruas aos menores de 18 anos, o que se constitui em uma “medida de prevenção”, o Art. 98º do Estatuto também preleciona que compete “à autoridade competente” aplicar as “medidas de proteção” à criança e ao adolescente⁶⁶ sempre que os direitos deles – como o direito de convivência familiar e comunitária “em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (artigo 19º do Estatuto) – forem ameaçados ou violados por omissão dos pais ou em razão da própria conduta dos jovens.

Verifica-se, diante destes termos, que se os pais não impõem um limite para o menor permanecer na rua, ou se este mesmo, desrespeitando as ordens oriundas dos pais, estiver num lugar onde sua saúde corre risco (ou, nos termos da lei, onde o seu direito em não ficar num meio onde há presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes está a perigo por negligência dos pais ou por conduta própria do menor), é dever do Estado tomar providências, aplicando as medidas de proteção, entre elas, “encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade” (artigo 101º, inciso I, do Estatuto). Com isto, realizando a retirada do menor de local perigoso e entregando-o à sua família.

4.7. ATITUDES TOMADAS JUNTO AOS PAIS E O MENOR EM CASO DE RECOLHIMENTO.

Nos casos em primeira incidência de recolhimento do menor em situação risco, os pais ou responsáveis eram intimados (a qualquer hora do dia ou da noite) para que se fizessem presentes na sede do Conselho Tutelar, do Fórum ou de uma das Delegacias de Polícia ⁶⁷, de modo a levar o menor para casa.

⁶⁶ Essas são as medidas de proteção (e não só elas podem ser aplicadas, com se lê pelo “caput” do artigo 101º), previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta”.

⁶⁷ Ressalta-se que pode parecer exagero falar em Delegacia de Polícia, no caso. Porém, primeiramente, Delegacia é um local do Estado destinado a qualquer pessoa do povo. Quem se opõe a esse lugar deve dizer as razões, caso contrário fica a impressão de que tem preconceito contra repartição policial. E se disser que essa repartição é inadequada a um menor de 18 anos, deve explicar os motivos também. Em segundo lugar, as Delegacias de Polícia são repartições que funcionam, em seus plantões, 24 horas. Ou seja, um serviço público ininterrupto, o único, principalmente em cidades pequenas da comarca, capaz de recepcionar, de madrugada, um

Além disso, os pais recebiam uma advertência por escrito, constando qual a situação de risco em que o menor se encontrava, bem como a recomendação (de Conselheiros Tutelares, Juiz ou Promotor) para exercer o seu dever (pátrio poder), mantendo consigo o menor, vigiando-o, e zelando melhor por sua integridade⁶⁸.

Todavia, em casos de “reincidência”, ou seja, da segunda ou terceira vez que o menor era surpreendido em situação de risco e ou negligência, além de agir de acordo com o procedimento anteriormente mencionado, o Conselho Tutelar ou o Ministério Público oferecem uma representação, ou seja, abria-se um processo contra os pais para verificar se eles estão sendo negligentes, desta maneira, com o intuito de analisar se os pais deixaram de cumprir os seus deveres para com o menor: descumpriram ou não o pátrio poder ou a decisão judicial, relativa à recomendação para que os menores não permaneçam nos locais de risco da cidade⁶⁹.

Em casos em que fosse confirmada negligência ou descumprimento da ordem judicial recomendatória do horário, os pais eram condenados em multa⁷⁰. Tudo isto ocorre sem prejuízo, evidentemente, que investigassem a ocorrência de algum crime cometido pelos pais contra os filhos, previstos no Código Penal, partindo do exemplo do crime em que o pai ou a mãe “entrega o filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo” (art. 245º), onde a pena máxima é de dois anos de reclusão, ou o crime em que o pai ou a mãe permite que seu filho “frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida, ou, frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza” (art. 247º), cuja pena máxima é de até três meses de detenção.

Nos casos de exemplos acima citados e suas consequências, existiam outras punições previstas aos pais no Código Civil, como já mencionadas nesta pesquisa, como a perda ou a suspensão ou do pátrio poder (arts. 1.635º e 1.637º), podendo ocasionar à retirada do menor da casa dos pais e o devido encaminhamento dele a um orfanato.

menor de 18 anos em situação de risco. Portanto, a Delegacia de Polícia é um local não só adequado, como fundamental para a operacionalização da medida do “toque”.

⁶⁸ Todo esse procedimento pode ser observado da leitura dos seguintes dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente: 98º, 101º, I e 136º, I, II.

⁶⁹ Tal procedimento possui como base parte do artigo 194º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷⁰ Prevista no art. 249º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.8. DEVERES DOS PAIS, EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES, NO QUE SE REFERIA AO “TOQUE”.

Em seu Art. 21º, o Estatuto da Criança e do Adolescente, diz que o “pátrio poder será exercido pelo pai e pela mãe na forma do que dispuser a legislação civil”. Demonstra-se com isto, que se deve buscar no Código Civil as principais regras que obrigam e determinam os deveres dos pais de zelarem pela integridade física e moral de seus filhos.

Entretanto, antes de mencionar, de forma específica quais os deveres dos pais em relação ao menor, deve-se ressaltar que tal obrigação surge do caráter de proteção oriundo do chamado pátrio poder ou poder familiar. Onde a Constituição Federal, no art. 229º, dispõe que os “pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”⁷¹.

Segundo Maria Berenice Dias⁷², o pátrio poder, agora denominado poder familiar, “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos (dos pais) em relação a eles (filhos)”.

Portanto, o pátrio poder, é desempenhar deveres. Os pais e ou responsáveis, devem observar e cumprir suas obrigações para com o menor e executá-las. Onde tal poder possui como finalidade formar o menor para a sociedade e para a vida, para que estes tragam benefícios a própria sociedade.

Quanto à regra específica de não deixar os filhos nas ruas, sem qualquer fixação de limites, o Código Civil, no Art. 1.634º, prescreve que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores”, entre outros deveres, “tê-los em sua guarda e companhia”, bem como “exigir dos filhos que lhes prestem obediência, respeito”.

Ser detentor da guarda do menor, para os pais ou responsáveis, é uma decorrência comum e estudada no direito de família. Mas a lei civil vai bem mais longe nesse conceito. O Código fala que os pais têm o dever de ter os filhos sob sua “companhia”, compreendendo-se assim muito mais que simples guarda. É ter o menor sob a sua proteção em tempo integral, é acompanhá-lo, na interpretação literal do termo utilizado pela lei.

⁷¹ No Código Civil, essa mesma regra vem expressa no artigo 1.630º: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. No Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 22º: Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁷² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4.ª Ed., RT, São Paulo, p. 377.

Mas, é impossível, mormente à medida que os filhos crescem e vão para a escola, por exemplo, a interpretação é a de que a exceção ao dever de “companhia”, que é a saída do filho de perto dos pais, só pode ocorrer quando tenha o sentido de benefício ao menor de 18 anos. Por exemplo, o filho que sai de casa para a escola, para o esporte, para trabalhar, para o lazer sadio.

Desse modo, busca-se registrar que, se há violação quanto à regra especial de “companhia”, onde esta pode resultar na perda do poder familiar, não parece despropositada a medida, como o “toque”, que tinha como objetivo a um só tempo prevenir a ocorrência de infração, pelos pais, do dever de guarda (o que se dava com a medida preventiva de recomendação do horário) e também proteger o menor, devolvendo-o ao seio familiar (quando recolhido em situação de risco) com vista ao resgate da convivência familiar, que era o principal intuito desta medida, o desenvolvimento do menor dentro do conúbio familiar, resultando no fortalecimento da solidariedade, do afeto e do respeito entre os membros da família⁷³.

⁷³ Conforme a Portaria 3/2009. O Juiz da 1.^a Vara Criminal e do Anexo da Infância e da Juventude de Fernandópolis, no uso de suas atribuições constitucionais e legais:

1. Considerando a constância ainda presente de denúncias formais e informais sobre situações de risco de crianças e adolescentes pelas cidades da comarca, especificamente, daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, desacompanhados dos pais ou responsável, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição e vandalismo;

2. Considerando as várias operações conjuntas, anteriores, realizadas nesta cidade, desde agosto de 2005, com o Ministério Público, as Polícias Civil e Militar, o Conselho Tutelar e a OAB, para recolhimento das ruas de menores em situações de risco, cujos procedimentos formais estão à disposição de qualquer um, para acesso, no cartório da Infância e da Juventude ⁷³;

3. Considerando os precedentes do número anterior desta portaria, que a sociedade, de modo geral, envia congratulações, além das moções de apoio dos Poderes Públicos Municipais e de entidades organizadas, a todas as autoridades incumbidas do trabalho, e até pedidos, diretamente a este juízo, para continuidade das operações, o que mostra a legitimidade do trabalho desenvolvido por todos;

4. Considerando o disposto nos arts. 98º, 99º a 101º, 148º e 149º do Estatuto da Criança e do Adolescente, além dos princípios gerais e fundamentais do Estatuto, como o da proteção integral ⁷³, que determina, para a garantia de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, quanto aos menores de 18 anos, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, a adoção de medidas previstas por lei ou por outros meios;

5. Considerando, nos termos anteriores, o princípio estatutário da prioridade absoluta ⁷³, que determina à família, à comunidade, à sociedade em geral e, também, ao poder público, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária;

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

7. Considerando que, na questão legal afeta a esta portaria, pelo precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RMS 8563/MA), onde, num mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Maranhão contra a Portaria 1/96, baixada pela MM Juíza de Direito da Infância e Juventude da Comarca de

Imperatriz-MA, o Superior Tribunal de Justiça, pela relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (hoje, integrante do STF), decidiu que a Portaria 1/96 daquele juízo (que *proíbe a permanência de crianças e adolescentes entre 0 e 14 anos nas ruas, praças, casas de videogame, fliperama, bares, boates ou congêneres, logradouros públicos, parques de diversões, clubes e danceterias, após as 20:30 horas, salvo se acompanhados, estritamente, pelos pais ou responsável, determinando-se a condução dos menores, flagrados nessas hipóteses, ao juizado e entrega aos pais*), não encerra qualquer conteúdo teratológico, de modo a subsidiar o entendimento a esta portaria, não sendo ela ilegal, muito menos ilegítima, à vista das manifestações da sociedade, acima-mencionadas;

8. Considerando por fim que, para a autoridade judicial que baixa esta portaria, embora ciente e convicta dos resultados concretos e efetivos, no sentido da melhora da situação das crianças e adolescentes e de suas famílias em nossa cidade e comarca, e embora ciente e convicta da consciência do dever, da presteza e da retidão das Polícias e do Conselho Tutelar, a ponto de consignar, neste procedimento formal, que o trabalho de campo desempenhado pela Polícia Militar, Polícia Civil e Conselho Tutelar é exuberante, não há, ainda, um sistema de verificação mais eficiente das operações, no sentido de se apreciar a constância e a frequência das operações policiais e do Conselho Tutelar, referente ao tema desta portaria, de modo a aferir e confirmar, à vista de todos e formalmente, o cumprimento das regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente pelas autoridades locais que tem este dever, diante da advertência em caso de negligência, prevista no Estatuto e acima referida; R E S O L V E: 1. Baixar esta portaria, autuando-a no registro próprio, e instaurar procedimento de inquérito judicial, nos termos do art. 153º do Estatuto da Criança e do Adolescente ⁷³, com autuação e registros próprios; 2. Encaminhar cópias desta Portaria para a Polícia Militar, para a Polícia Civil e para o Conselho Tutelar, determinando, conforme as considerações que fundamentam este ato judicial, a continuidade, a permanência e a regularidade das operações para recolhimento das crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsável, em situação de risco ⁷³, principalmente durante a noite e a madrugada, respeitando-se, obviamente, no quesito organização, o comando de cada corporação e a disponibilidade do Conselho Tutelar, sem deixar de ressaltar, nesse ponto, as considerações desta portaria, especificamente, as de números 5, 6 e 8; 3. Determinar às mesmas autoridades anteriores a remessa de relatórios resumidos, com documentos, se necessários, com as qualificações dos menores e pais, a natureza da situação de risco encontrada e as providências tomadas, para a Vara da Infância e da Juventude, que juntará os respectivos relatórios ao procedimento de inquérito judicial; 4. Salvo hipóteses de ato infracional ou flagrante de qualquer crime cometido contra crianças e adolescentes, cuja atribuição investigativa e a tomada de providências iniciais são exclusivas, primeiramente, da Polícia Judiciária, ou do Ministério Público, determina-se a adoção, pelas autoridades mencionadas, caso a caso de situações de risco, das providências previstas em lei, como as do art. 101º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sugerindo, como regra geral e subsidiária a todos os casos encontrados, mas não substitutivas das medidas adequadas, aquelas previstas nos incisos I e II do referido artigo, devendo-se encaminhar, para o inquérito judicial, cópia do termo de responsabilidade assinado pelos pais; 5. Para segurança e transparência das operações, sugere-se, mas não obrigatoriamente, que elas sejam realizadas, quando organizadas pelas polícias, com a presença de pelo menos um conselheiro tutelar; ficando autorizada a utilização das dependências das Delegacias de Polícia da cidade e da comarca e das sedes dos Conselhos Tutelares como locais para que os pais sejam intimados, por qualquer meio, durante qualquer hora do dia e da noite, a buscar seus filhos e sejam advertidos, formalmente, nos termos do art. 101º, II, da situação de risco encontrada, quando da aplicação da medida de proteção prevista no art. 101º, I, do ECA, aqui consignada como regra geral; 6. Além das autoridades já mencionadas, nas providências acima determinadas, encaminhem-se cópias desta Portaria para conhecimento, recebimento de sugestões, qualquer objeção ou para o recebimento dos recursos previstos em lei, ao Ministério Público, à Presidente da Subseção local da Ordem dos Advogados do Brasil, às Câmaras de Vereadores da Comarca, aos Prefeitos Municipais, ao Juiz de Direito Diretor do Fórum, ao Delegado Seccional de Polícia, ao Tenente Coronel Comandante da Polícia Militar, aos Conselhos Tutelares da comarca, em que todas as autoridades podem, obviamente, a critério de cada uma, convocar seus pares ou a comunidade para o debate democrático das questões aqui tratadas; 7. Nos termos do art. 153º do ECA, de todos os atos deste procedimento, público e transparente, ciência ao Ministério Público. Fernandópolis, 23 de março de 2009. Evandro Pelarin - Juiz de Direito.

CAPÍTULO V.

5. O SUPERIOR INTERESSE DO MENOR ANTE A DOCTRINA E LEGISLAÇÃO PORTUGUÊSA E INTERNACIONAL.

Ao analisarmos a Constituição da República Portuguesa, constata-se que esta não apresenta uma definição escrita do conceito de família, adotando, por conseguinte, uma concepção relativamente aberta⁷⁴, o que não diminui a sua relevância jurídica e social. Com efeito os Arts. 36º e 67º da CRP reconhecem expressamente a essencialidade da família no ordenamento jurídico português, conferindo-lhe proteção e destaque como base da sociedade.

No plano internacional, a família encontra-se igualmente protegida em diversos diplomas normativos de alta relevância. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (Art. 16º, n.3)⁷⁵, a consagra como núcleo natural e fundamental da sociedade, enquanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Art. 8º)⁷⁶ garante o direito ao respeito pela vida familiar, e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 7º)⁷⁷. Reforça essa tutela ao reconhecer a vida privada e familiar como um direito fundamental.

Sendo assim, temos que a família é tratada como um elemento nuclear da sociedade⁷⁸, e devendo ser compreendida como estrutura essencial ao desenvolvimento integral da pessoa humana, sendo espaço privilegiado para o crescimento emocional, social e ético de seus membros.

Considerando as transformações sociais contemporâneas, observa-se que a instituição familiar passou por um processo de democratização⁷⁹, manifestado, entre outros

⁷⁴ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4 ed., revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 19.

⁷⁵DUDH,1948, disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf, (Consultada a 05/07/2025).

⁷⁶ CEDH, 1950, disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf, (Consultada a 05/07/2025).

⁷⁷ CDFUE, 2000, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/pdf/?uri=celex:12016p/txt&from=fr> (Consultada a 05/07/2025).

⁷⁸ OLIVEIRA, Carla Patrícia Pereira, *Entre a mística do sangue e a Ascensão dos Afectos: o conhecimento das origens biológicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.34 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 20.

⁷⁹ FEITOR, Sandra Inês, “Alienação Parental – novos desafios: velhos problemas”, in Revista Julgar, n. 24, 2014, p. 187 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 22.

fatores, pela emancipação da mulher e pela revalorização da participação do homem/pai na educação e no convívio com os filhos. A Constituição Portuguesa acompanha esse movimento, ao firmar-se nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º da CRP) e na igualdade (Art. 13º da CRP), pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A partir dessa análise da família, impõe-se uma mudança de paradigma quanto a criança e ao adolescente, não mais vistos como meros objetos de proteção, mas como verdadeiros sujeitos de direitos⁸⁰, em conformidade com os postulados do princípio do superior interesse do menor, reconhecido tanto no ordenamento jurídico português quanto nos tratados internacionais dos quais Portugal e diversos países, como o Brasil, são signatários.

5.1. DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, à qual Portugal é signatário (conforme Arts. 7º e 8º da CRP), consolidou-se uma nova concepção da criança como sujeito de direitos e detentora de personalidade jurídica própria.

Maria Clara Sottomayor reflete que as crianças passaram a ser consideradas sujeitos ativos e constitutivos de sua própria socialização e projeto de vida⁸¹. Dessa forma, entende-se por criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo se a Lei Nacional estabelecer, de forma excepcional, a maioridade em momento anterior (Art. 1º da referida Convenção Sobre os Direitos da Criança, c/c Art. 122º do Código Civil Português).

Dito isto, ser criança é ser um ser humano, em princípio indefeso, que depende de outrem para sua sobrevivência⁸², e que se encontra em constante processo de formação⁸³. Fica evidente, no preâmbulo da referida Convenção, que, para um desenvolvimento harmonioso, a criança precisa crescer em um ambiente familiar, cercado de felicidade, amor e compreensão⁸⁴, sendo dotada de sentimentos, necessidades e emoções, e devendo lhe ser

⁸⁰ GUERRA, Paulo. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo anotada*, 5 ed., Coimbra, Almedina, 2021, p. 21 apud ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 30.

⁸¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016, p.313.

⁸² ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 32.

⁸³ SARMENTO, Manuel Jacinto. “Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância”, in *Educação e Sociedade*, vol. 26, n. 91, Campinas, 2005, p. 368.

⁸⁴ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 32.

garantido um espaço de autonomia e autodeterminação compatível ao seu desenvolvimento e grau de maturidade⁸⁵.

Conforme analisado na referida Convenção, é possível identificar a existência de princípios básicos, a saber: “o princípio da não discriminação, o princípio do interesse superior da criança, o princípio que confere o direito a vida, a sobrevivência, e ao desenvolvimento, e por fim, o princípio do respeito pelas opiniões da criança”⁸⁶.

O princípio da não discriminação encontra-se elencado no Art. 2º, devendo todos os Estados Membros objetivarem respeitar todos os direitos da criança, sem fazer qualquer forma de discriminação infundada em razão de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento quer da criança, como de seus pais e/ou representantes.

O princípio do Superior Interesse da Criança encontra previsão no Art. 3º, sendo considerado um dos mais importantes tanto no plano nacional quanto internacional em questão de direitos da criança e possuindo um conceito indeterminado, o qual, para alguns autores, deve ser interpretado de acordo com as particularidades do caso concreto⁸⁷.

Já o Art. 6º, encontramos o direito a vida (bem jurídico protegido no Art. 24º da CRP), a sobrevivência, e ao desenvolvimento, estes direitos não só da criança, mas de qualquer ser humano, onde estes devem ser garantidos.

E agora, temos o princípio do respeito pela opinião da criança (Art. 12º)⁸⁸. Tal artigo refere-se as “(...) ideias de voz, envolvimento, agência, poder e influência na vida das pessoas, serviços, políticas, e tomadas de decisão”⁸⁹. Tais direitos possuem como ressalva o *discernimento e a maturidade necessária*⁹⁰.

⁸⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divorcio*. 5 Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 19 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 32.

⁸⁶ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 32-33.

⁸⁷ GOMES, Joana Salazar. *O Superior interesse da criança e as novas fórmulas de guarda*. Lisboa. Universidade CATOLICA EDITORA, 2017 *apud* ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 33.

⁸⁸ Ac. Do TRL de 04/10/2007, proc. N. 5221/2007-8 (nota I, II, III E IV do Sumário).

⁸⁹ LARKINS, Cath. *Participação*, in Catarina Tomas *et. Al.*, (Coord.), *Conceitos-chave de Sociologia da Infância*. Braga. UMinho Editora, 2021, p. 387.

⁹⁰ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 34.

Desta forma, tem-se que o CSDC estabelece três pilares primordiais: os direitos de provisão, os direitos de proteção e os direitos de participação⁹¹, configurando o reconhecimento das crianças como verdadeiros sujeitos de direitos⁹².

5.2. DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.

No ordenamento jurídico português, tem-se como princípio nuclear a dignidade da pessoa humana, consagrada no Art. 1º da CRP. A esse respeito, Soraia Araújo ressalta que a dignidade é um valor inerente à pessoa humana, sendo a criança titular desse valor pelo simples fato de ser um ser humano⁹³.

Ademais, nenhuma criança pode ser alvo de qualquer forma de discriminação, em consonância com o princípio da igualdade previsto no Art. 13º da CRP.

No Art. 69º da CRP, temos que “quer a sociedade quer o Estado devem proteger a criança contra todas as formas de abandono, discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições, com vista ao seu desenvolvimento integral”. Devendo ainda, de acordo com a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo⁹⁴ (Art. 3º, nº. 2).

Destaca-se que as medidas adotadas deverão ter como único embasamento afastar o perigo e a promoção de condições adequadas para garantir a segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral, objetivando a recuperação da criança, tanto física quanto mentalmente⁹⁵.

Neste diapasão, o Art. 35º da referida lei é taxativo quanto as medidas que podem ser aplicadas as crianças e jovens em situação de perigo. Ademais, com o advento da Lei nº. 166/99 de 14 de setembro, surgiu no ordenamento jurídico português a Lei Tutelar Educativa,

⁹¹ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 35.

⁹² ROSEMBERG, Fulvia/MARIANO, Carmem Lucia. *A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: Debates e Tensões*, in Cadernos de Pesquisa, vol.40, n. 141, 2010, p. 694.

⁹³ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 39.

⁹⁴ Doravante, LPCJP, aprovada pela Lei n. 147/99 de 1 de setembro.

⁹⁵ Finalidades elencadas no Art. 34 da LPCJP.

que almeja orientar as crianças de forma a desenvolverem as suas personalidades de modo socialmente responsável ⁹⁶.

Helena Bolieiro e Paulo Guerra destacam que a intervenção tutelar educativa do Estado se justifica quando há situação desviante que represente ruptura com os elementos nucleares da ordem jurídica, legitimando, assim, a atuação estatal no sentido de educar o jovem para o direito ⁹⁷. Nesse sentido, é de suma importância destacar o Art. 2º Lei nº. 166/99, de 14 de setembro, que determina a inserção da criança, de forma digna e responsável, na vida em comunidade.

Em Portugal, vigorava o modelo de intervenção protetiva⁹⁸. No entanto, hodiernamente, adota-se o modelo de intervenção justiça/educativo, sendo cabível a intervenção apenas quando estiverem presentes, de forma cumulativa, os seguintes pressupostos: i) a prova prática de um facto ilícito qualificado pela lei como crime; ii) a necessidade de educação da criança para o direito; iii) a sua subsistência no momento da decisão⁹⁹.

5.3. DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.

O termo *Responsabilidades Parentais* é relativamente recente no ordenamento jurídico português, tendo sido introduzido por força do Art. 3º da Lei nº. 61/2008 de 31 de outubro¹⁰⁰. Anteriormente utilizava-se a expressão *poder paternal*, entretanto, essa mudança terminológica reflete uma evolução conceitual: o que está em jogo não são os poderes dos

⁹⁶ GUERRA, Paulo. *A Lei Tutelar Educativa – para onde vais?*, in *Revista Julgar*, n. 11, 200, p. 99; ALFAIATE, Ana Rita. *A responsabilidade penal dos menores imputáveis*, in *Ações de Formação da Jurisdição da Família e das Crianças 2020/2021*, Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 153-174; LEITE, André Lamas, *Interatividade entre medidas tutelares e penas*, in *Ações de Formação da Jurisdição da Família e das Crianças 2020/2021*, Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 177-195 apud ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 42.

⁹⁷ BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo. *A criança e a família – Uma questão de direito (s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens*, 2. Ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2014, p.110.

⁹⁸ ASSIS, Rui. *A reforma do Direito dos Menores: do modelo de proteção ao modelo educativo*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juizes Sociais – Actas do Encontro*. Coimbra. Almedina, 2003, pp. 135-147; PORTELA, Carlos Jorge. *A Decisão no processo de promoção e proteção*, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juizes Sociais – Actas do Encontro*. Coimbra. Almedina, 2003, pp.263-270.

⁹⁹ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 44.

¹⁰⁰Disponível

em:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1028A0007&nid=1028&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao= (Consultado em 09/07/2025).

pais (em igualdade) em relação aos filhos, mas sim as responsabilidades dos pais para com os filhos¹⁰¹.

Maria Clara Sottomayor defende que a nova expressão *Responsabilidades Parentais* expressa a ideia de um compromisso diário dos pais com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos¹⁰².

Assim como no Brasil, o Art. 1877º do CC português dispõe as responsabilidades parentais serão exercidas pelos pais (Art. 36º, nº. 3 da Constituição da República Portuguesa) até a maioridade ou emancipação dos filhos. Nesse mesmo sentido, no que se refere ao dever de obediência aos pais e responsabilidades parentais, destaca-se também o disposto no Art. 1878º do CC português.

Preleciona Luís Leitao que as responsabilidades parentais não se destinam à tutela de interesses egoístas dos pais, mas devem ser exercidas em conformidade com o superior interesse dos filhos. Assim, os pais podem ser inibidos ou limitados no exercício de suas responsabilidades parentais, em caso de não haver condições ao cumprimento de seus deveres para com os filhos¹⁰³.

Sendo assim, o nº. 1 do Art. 1878º do CC português, os pais devem, sempre no interesse dos filhos, zelar pela sua segurança (Art. 1887º), saúde, sustento (Art. 1879º), educação (Art. 1885º), representação (Art. 1881º), e administração de bens (Art. 1888º e 1990º), revelando um conjunto de poderes-deveres dos pais, com a finalidade de assegurar o bem-estar moral (Relativo à pessoa dos filhos - Arts. 36º, nº. 6 da Constituição Portuguesa) e material dos filhos (Com relação aos bens dos filhos - Art. 1888º e ss)¹⁰⁴.

Tais responsabilidades são irrenunciáveis, conforme dispõe o Art. 1882º do Código Civil português, não podendo os pais delas se esquivar ou recusar seu exercício. Além disso, são intransmissíveis, o que significa que não se admite a abdicação ou alienação voluntária da

¹⁰¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A situação das mulheres e das crianças – 25 anos após a reforma de 1977*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 133-134 apud ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 45.

¹⁰² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 8 ed., Coimbra, Almedina, 2021, p.307.

¹⁰³ LEITAO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Família*. Coimbra. Edições Almedina S.A., 2024, p. 252.

¹⁰⁴ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 47.

totalidade dos direitos e deveres que compõem as responsabilidades parentais, salvo nos casos previstos em lei, como ocorre por meio do instituto da adoção.

5.4. DA INIBIÇÃO E LIMITAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.

Na sociedade hodierna, é comum deparar-se com situações em que os pais adotam atitudes inadequadas em relação aos filhos, evidenciando comportamentos contraditórios ao adequado desenvolvimento infantil. No entanto, é imprescindível recordar que os pais devem representar o alicerce de segurança, afeto e orientação para seus filhos¹⁰⁵.

No caso de não conseguirem cumprir os seus deveres para com os filhos, os pais poderão ver-se inibidos de suas responsabilidades parentais, conforme previsto nos Arts. 1913º e 1915º do CC, seja por força da lei ou por decisão judicial. Importa ressaltar que tal inibição tem por finalidade a salvaguardar dos direitos da criança, não devendo ser entendida como uma sanção imposta aos pais ¹⁰⁶.

Importante destacar que é legítimo ao Ministério Público requerer a inibição das relações parentais (Art. 3º, nº. 1ª do Estatuto do Ministério Público) e qualquer familiar ou pessoa que tenha a guarda da criança (Art. 52º do RGPTC), estando a partir desta inibição as crianças sujeitas a tutela nos termos do Art. 1921º, nº. 1 b) do CC.

Diferente da inibição das responsabilidades parentais será a limitação. Deste modo, se os pais representarem um perigo (Art. 3º, nº. 2 da LPCJP) para segurança, saúde, formação moral e educação criança, estes sofrerão limitações quanto aos seus poderes-funcionais (Art. 1918º, 1919º, 1920º do CC e 58º do RGPTC), até que a referida ameaça cesse (pais alcoólatras, ou toxico dependentes). Podendo tal limitação, incorrer em medidas ocorrer em plano pessoal (Art. 1918º) ou patrimonial (Art. 1920º, nº. 1).

A medida limitativa mais restritiva dos direitos do país é a de confiança da criança a terceira pessoa ou a um estabelecimento de educação/assistência¹⁰⁷.

Cabe ressaltar que, tanto nos casos de inibição, quanto nos de limitação das responsabilidades parentais, as medidas adotadas são de natureza prática e visam proteger o

¹⁰⁵ SILVA, Filipa Raquel Falcão da. *Responsabilidades Parentais e a Proteção das crianças em Perigo*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2018, p. 25.

¹⁰⁶ ARAUJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025, p. 68.

¹⁰⁷ Ac. Do TRC de 02/02/2012, proc. 732/10.5TBSCD (nota III, e IV do sumário).

bem-estar da criança. Por essa razão, impõe-se ao Estado o dever de oferecer respostas legislativas eficazes, capazes de resguardar os interesses dos mais vulneráveis, e que carecem de maior proteção, que são as crianças e jovens¹⁰⁸.

5.5. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO. INTERVENÇÃO PARA PROTEÇÃO.

No direito de família, e mais especificamente nas questões relativas à filiação, um dos pontos mais importante é a proteção das crianças e jovens em perigo. Tal situação é regulamentada pela Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), Lei 147/99, de 1 de setembro, com sucessivas alterações, a última das quais pela Lei 26/2018, de 5 de julho.

A referida Lei, tem por objetivo pôr em execução as obrigações elencadas no Art. 69º, nº. 1 da Constituição Portuguesa.

Importa destacar alguns pressupostos da intervenção para proteção das crianças e jovens em perigo. Neste sentido, o Art. 3º, nº. 1 da LPCJP, prevê que:

(...) a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo.

Já o Art. 3º, nº. 2 da LPCJP considera que:

Considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações:

- a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;
- b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- d) Está aos cuidados de terceiros, durante período em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais;

¹⁰⁸ ALFAIATE, Ana Rita. *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pp.50-87.

- e) É obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;
- f) Está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- g) Assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.
- h) Tem nacionalidade estrangeira e está acolhida em instituição pública, cooperativa, social ou privada com acordo de cooperação com o Estado, sem autorização de residência em território nacional.
- i) Foi submetida a casamento infantil, precoce ou forçado, ou união similar, bem como à prática de atos que tenham em vista tal união, mesmo que não concretizada.

Destaca-se que para haver a intervenção para protecção das crianças e jovens em perigo, faz-se de suma importância obedecer aos procedimentos. Neste sentido temos o Art. 66º, nº. 1 da LPCJP quanto a comunicação as autoridades competentes, sendo esta comunicação obrigatória (Art. 66º, nº. 2 c/c Art. 64º e ss, ambos da LPCJP).

Verifica-se ainda que, conforme Art. 4º da LPCJP, essa intervenção deverá obedecer aos seguintes princípios:

A intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios:

- a) Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;
- b) Privacidade - a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem deve ser efectuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;
- c) Intervenção precoce - a intervenção deve ser efectuada logo que a situação de perigo seja conhecida;
- d) Intervenção mínima - a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja acção seja indispensável à efectiva promoção dos direitos e à protecção da criança e do jovem em perigo; e) Proporcionalidade e actualidade - a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade;
- f) Responsabilidade parental - a intervenção deve ser efectuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem;

g) Primado da continuidade das relações psicológicas profundas - a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante;

h) Prevalência da família - na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem em família, quer na sua família biológica, quer promovendo a sua adoção ou outra forma de integração familiar estável;

i) Obrigatoriedade da informação - a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

j) Audição obrigatória e participação - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção dos direitos e de protecção;

k) Subsidiariedade - a intervenção deve ser efectuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude, pelas comissões de protecção de crianças e jovens e, em última instância, pelos tribunais.

A competência para a intervenção pertence as entidades com competência em se tratando de âmbito da infância e juventude (Art. 6º da LPCJP), as comissões de protecção de crianças e jovens (prevenção primaria e secundaria – Art. 7º da LPCJP), e os tribunais (Art. 11º da LPCJP).

Estabelece o Art. 73º, nº. 1 da LPCJP que cabe ainda ao Ministério Publico competência para requerer a abertura de processo judicial afim de garantir a protecção e os direitos quando:

a) Tenha conhecimento das situações de crianças e jovens em perigo residentes em áreas em que não esteja instalada comissão de protecção, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte;

b) Recebidas as comunicações a que se refere o artigo 68.º, considere haver indícios de situação de perigo para a criança ou jovem, suscetíveis de reclamar a aplicação de medida judicial de promoção e protecção;

c) Requeira a apreciação judicial da decisão da comissão de protecção nos termos do artigo 76.º

Quanto às medidas de promoção e protecção das crianças e jovens em perigo, estas são aplicadas com base na observância do disposto no Art. 31º, nº. 1 da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), que preceitua:

- a) Apoio junto dos pais (Art. 39º da LPCJP);
- b) Apoio junto de outro familiar (Art. 40º da LPCJP);
- c) Confiança a pessoa idónea (Art. 43º da LPCJP);
- d) Apoio para a autonomia de vida (Art. 45º da LPCJP);
- e) Acolhimento familiar (Art. 46º, nº.1 da LPCJP);
- f) Acolhimento residencial (Art. 49º, nº. 1 da LPCJP);
- g) Confiança a pessoa selecionada para a adoção, a família de acolhimento ou a instituição com vista à adoção (Art. 38º da LPCJP).

No que tange a cessação das medidas de proteção, os moldes desta estão elencados no Art. 63º da LPCJP, o qual determina:

- a) Decorra o respectivo prazo de duração ou eventual prorrogação;
- b) A decisão de revisão lhes ponha termo;
- c) Seja decretada a adoção, nos casos previstos no artigo 62º-A;
- d) O jovem atinja a maioridade ou, nos casos em que tenha solicitado a continuação da medida para além da maioridade, complete 21 anos;
- e) Seja proferida decisão em procedimento cível que assegure o afastamento da criança ou do jovem da situação de perigo.

Tal intervenção, ou seja, as medidas de promoção e proteção de apoio para autonomia de vida ou colocação, somente poderão ser mantidas até os 25 anos de idade. Isso ocorrerá apenas nos casos em que estejam em curso processos educativos ou de formação profissional, e desde que o jovem renove, periodicamente, seu requerimento de manutenção da medida (Art. 63º, nº. 2 da LPCJP).

5.6. DA “DETENÇÃO” (CUSTÓDIA) DE MENORES.

Neste ponto, faz-se necessária uma reflexão quanto à detenção de menores. Nas palavras de Antônio Francisco de Sousa¹⁰⁹, o mais adequado é referir-se a esse tema utilizando a expressão “colocar sob custódia” os menores que tenham se evadido da proteção e dos cuidados dos responsáveis pela sua guarda e proteção.

¹⁰⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 275.

Cumprir destacar que os menores colocados sob custódia devem ser entregues às pessoas ou entidades legalmente responsáveis por eles, a instituições especializadas destinadas a esse fim ou, quando necessário, ao tribunal de menores.

Segundo Antônio Francisco de Sousa¹¹⁰, tal “detenção” (custódia) é realizada em benefício do próprio menor, configurando-se como um importante dever das forças policiais. Para tanto, não é necessário que o menor esteja, necessariamente, sob ameaça de perigo direto¹¹¹. O poder de detenção de menores exercido pelas forças de segurança fundamenta-se sob a égide da proteção e da assistência, indo além da mera prevenção ao perigo. Em outras palavras, essa detenção encontra amparo na necessidade de prevenir ou combater crimes e infrações administrativas (contraordenações).

Em caráter de análise, no âmbito do Estado de Direito, levantam-se algumas reservas de ordem jurídica quanto ao poder da polícia para “deter” menores que se furtam a proteção de seu responsável pela educação¹¹². Segundo Antônio Francisco de Sousa, a atuação policial, sob o pretexto da proteção, não deve ser entendida como um poder de assistência em abstrato. Isso porque, ao se furtar da proteção dos responsáveis pela sua educação, o menor gera, como consequência imediata, um impedimento material ao cumprimento das obrigações legais desses responsáveis no que se refere a assistência. Assim, não cabe à polícia restabelecer ou garantir, por si só, os pressupostos materiais necessários ao exercício da assistência paternal¹¹³.

Neste sentido, é importante destacar que a atuação da polícia ocorre, ou melhor, sua intervenção se justifica, apenas quando verificados certos pressupostos legalmente previstos. Tais pressupostos determinam que, caso os menores estejam em situação de perigo iminente ou em estado de abandono, estes podem ser retirados do local em que se encontram e, se necessário, conduzidos às pessoas legalmente responsáveis por sua guarda e proteção¹¹⁴.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ A Resolução do Conselho dos Ministros nº. 108/2000, de 14 de setembro, aprovou o Programa de Ação para a entrada em vigor da Reforma do Direito de Menores. Este direito de Menores é constituído fundamentalmente pela Lei de Proteção de crianças e jovens em perigo (L. nº. 147/99, de 1 de setembro) e pela Lei nº. 166/99, de 14 de setembro, que aprovou a Lei Tutelar Educativa. Este último diploma determinou, nomeadamente, a adaptação dos tradicionais “colégios de acolhimento, educação e formação” ao modelo de “centros educativos” em regime fechado, semiaberto e aberto *apud* SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 275.

¹¹² Parecer da PGR nº. 8/91 *apud* SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 276.

¹¹³ SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 276.

¹¹⁴ Portaria nº. 245/87, de 3 de Março, Art. 3º.

Cumprir destacar que, nem sempre, é possível saber de imediato se o menor se furtou ou não da assistência de seu responsável. Diante disso, caso os serviços competentes de proteção e assistência a jovens não estejam em condições de adotar as medidas as necessárias, a polícia poderá atuar por competência subsidiária e em caráter de urgência, sendo, portanto, legitimada agir¹¹⁵.

E de suma importância destacar que, em qualquer circunstância, por razões ligadas ao desenvolvimento moral e intelectual dos menores, bem como para salvaguardar sua dignidade e integridade, não é permitida sua detenção em cela de prisão¹¹⁶.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Despacho 6/91, de 3.7.1991, do Ministro da Justiça c/c Art. 49º, da OTM *apud* SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 27.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como foco principal investigar a intervenção do estado no exercício do poder familiar como uma medida protetiva, considerando que a estrutura familiar tem passado por inúmeras transformações ao longo dos séculos, impulsionadas pelos avanços das ciências e das novas tecnologias.

Importa destacar que, em razão das exigências laborais, muitos pais têm se distanciado cada vez mais de seus filhos, o que resulta no enfraquecimento ou até mesmo no completo abandono das relações afetivas, contribuindo para a desconstrução dos vínculos familiares e afetivos.

Ademais, o presente estudo teve como objetivo analisar de que forma esta intervenção do Estado no exercício do poder familiar, enquanto medida protetiva e pautada no superior interesse do menor, pode ocorrer, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português.

A título de exemplificação, destaca-se a decisão tomada pelo Dr. Evandro Pelarin, Juiz da 1ª Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Fernandópolis/SP, bem como a análise das medidas voltadas a proteção do menor e a busca do seu melhor interesse.

Por meio do “toque de acolher” ou “toque de recolher”, teve-se a oportunidade de verificar as formas de intervenção estatal, com o intuito de proteger o menor de toda e qualquer forma de negligência e ou abandono por parte da família ou da própria sociedade, onde pode o juiz, por garantia dada pelo próprio ECA, tomar medidas e ou decisões que venham a zelar pela integridade física e ou moral do menor.

Vale ressaltar que o real objetivo da intervenção do estado no poder familiar é salvaguardar a integridade física e psíquica do menor, bem como promover a sua reintegração ao convívio familiar. Essa intervenção busca fortalecer, ou em determinados casos, restabelecer, os vínculos de afeto e respeito que devem nortear e sustentar as relações entre os entes componentes da família.

Por fim, é imprescindível que o menor seja protegido pela família, pela sociedade e pelo Estado, de modo a possibilitar o seu pleno desenvolvimento como indivíduo participante e consciente da vida em sociedade. Trata-se de garantir que ele se perceba como um ser

universal, ou seja, um ser social cujas atitudes e escolhas impactam o coletivo de forma significativa.

REFERÊNCIAS

ALFAIATE, Ana Rita. *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança – Tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMILIA. Belo Horizonte: IBDFAM, nº 39 – Dez a Jan 2007.

ARAÚJO, Soraia Barbosa. *O Superior Interesse da Criança – Comportamento(s) Desviante(s) do(s) Progenitor(es)*. Coimbra. Almedina, 2025.

ASSIS, Rui. *A reforma do Direito dos Menores: do modelo de proteção ao modelo educativo*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juízes Sociais – Actas do Encontro*. Coimbra. Almedina, 2003

BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo. *A criança e a família – Uma questão de direito (s)*. *Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens*, 2º. Ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Família*. 5º Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. E ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2º Ed. Rev., Amp. e Atal. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FELIX, Antônio Bagão (org). *Identidade e Família*. Alfragide. Leya, 2024.

LARKINS, Cath. *Participação*, in Catarina Tomas *et. Al.*, (Coord.), *Conceitos-chave de Sociologia da Infância*. Braga. UMinho Editora, 2021.

LEITAO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito de Família*. Coimbra. Edições Almedina S.A., 2024.

LOTHAR, Michael e MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo. Saraiva, 2016.

PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Tradução Antônio Franco e Antônio Francisco de Sousa. Universidade Lusíada Editora. Lisboa, 2008.

PORTELA, Carlos Jorge. *A Decisão no processo de promoção e proteção, Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juízes Sociais – Actas do Encontro*. Coimbra. Almedina, 2003

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 29º Ed. – São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MELO, Luís Gonzaga de. *Antropologia Cultural: iniciação, teoria e temas*. Petrópolis. Ed. Vozes, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 29ª edição, atual. São Paulo: Saraiva, 1992, V. 2.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Texto Integral – São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal: O Crime Precipitado ou Programado pela Vítima*. 3º Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

PRADO, Danda. *O que é Família*, 1º Edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural/Brasiliense, 1985.

ROSEMBERG, Fulvia/MARIANO, Carmem Lucia. *A Convenção Internacional sobre os direitos da criança: Debates e Tensões*, in Cadernos de Pesquisa, vol.40, nº. 141, 2010

SARMENTO, Manuel Jacinto. “*Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância*”, in *Educação e Sociedade*, vol. 26, nº. 91, Campinas, 2005.

SILVA, Filipa Raquel Falcão da. *Responsabilidades Parentais e a Proteção das crianças em Perigo*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2018.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divorcio*, 8º ed., Coimbra, Almedina, 2021.

SOUSA, Antônio Francisco de. *A Polícia no Estado de Direito*. São Paulo. Saraiva, 2009

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 9º Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.