

SÉRGIO FUSQUINE GONÇALVES

MELHOR INTERESSE E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL:
UMA ANÁLISE DO NOVO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SOB O
MARCO DO PÓS-POSITIVISMO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antonio Nedel

São Leopoldo

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G635m Gonçalves, Sérgio Fusquine.

Melhor interesse e discricioniedade judicial: uma análise do novo direito da criança e do adolescente sob o marco do pós-positivismo / por Sérgio Fusquine Gonçalves. - 2009

155 f. ;29,7 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof. Antonio Nedel, Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas”.

I. Título

CDU – 347.157.1

(Biblioteca Responsável: Biblioteca da Escola Superior da Magistratura - Ajuris)

Dedico este trabalho à minha esposa Adriana e ao meu pequeno Guilherme.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus mestres do Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, em especial ao Professor Doutor Antonio Nedel, pelas constantes e valiosas orientações a mim concedidas, sempre de forma serena e democrática, durante a realização deste trabalho.

Na história humana e sobretudo na história cultural, a mutação raramente é morte súbita e as transformações capitais não deixam de ser acompanhadas de continuidades, sejam embora defasadas e condenadas.

A. CASTANHEIRA NEVES

RESUMO

Com o advento da nova Doutrina da Proteção Integral, plasmada, no plano nacional, na Carta Política de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorreu forte mudança do paradigma referente às questões da Infância e da Juventude, tornando as crianças e adolescentes sujeitos de direitos e não meros objetos de providências de cunho assistencial. Aboliu-se a antiga Doutrina da Situação Irregular, redundando na redução dos limites de atuação do Juiz da Infância e da Juventude. No entanto, identifica-se um movimento de negação do novo ordenamento, que se reflete em decisões voltadas, ainda, para o sistema jurídico revogado. Nesse cenário, o princípio do melhor interesse da criança, previsto na Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, tem servido de instrumento para a adoção de decisões judiciais discricionárias e alheias à nova ordem vigente. Essa realidade é percebida e exemplificada em precedentes da Justiça Gaúcha, exigindo a construção de alternativas para que os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes sejam preservados. Nesse rumo, o presente trabalho pretende, à luz da doutrina pós-positivista, apresentar uma visão que restrinja a aplicação do predito princípio, valorizando as normas jurídicas que reconhecem, específica e explicitamente, direitos e garantias fundamentais da população infanto-juvenil.

Palavras-chave: Princípios Jurídicos, Melhor Interesse, Discricionariedade Judicial, Justiça da Infância e da Juventude, Convenção Internacional.

ABSTRACT

The new Integral Protection Doctrine, constituted nationally in the 1988 Constitution and in the Child and Adolescent Act, a sound paradigm change occurred concerning the childhood and youth issues, in which children and adolescents became subjects of right instead of simple assistance objects. The former Irregular Situation Doctrine was revoked, causing, as a result, a reduction of the limits to the Childhood and Youth Judge actions. However, it is possible to identify a denying move towards to the new determination, reflecting on decisions directed to the former juridical system. In this situation, the best interest of the child principle, foreseen in the Convention on the Rights of the Child, is being used for discretionary decisions, disregarding the new valid order. This reality is perceived and exemplified in precedent situations of the Justice in Rio Grande do Sul, demanding alternatives in order to protect the fundamental rights and guaranties of children and adolescents. Thus, the present paper intends, under the post-positivist doctrine, to show an interpretation that limits the application of the referred principle, giving value to the juridical rules that recognize, explicit and specifically, the children and adolescents fundamental rights and guaranties.

Key words: Juridical Principles, Best Interest, Judicial Discretionarity Childhood and Youth Justice, International Convention.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO DESDE A MODERNIDADE	18
2.1 A noção propedêutica do Direito e o papel das normas jurídicas.....	18
2.2 As correntes do pensamento jurídico desde a modernidade.....	20
2.3 As correntes pós-positivistas: o papel e o local dos princípios no atual estágio do debate.....	33
2.4 O problema da discricionariedade judicial.....	44
3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	52
3.1 Origem e esteio jurídico do princípio do melhor interesse da criança.....	52
3.2 Conceito e distinções.....	60
3.3 A aplicação do princípio do melhor interesse no âmbito da Justiça Infanto-Juvenil e o risco do retorno ao antigo paradigma	66
4 A APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: O EXAME DOS PRECEDENTES	82
4.1 Precedentes nos processos judiciais para apuração de atos infracionais	82
4.1.1 A escolha da medida socioeducativa sem consideração da proporcionalidade da resposta estatal.....	82
4.1.2 A aplicação da medida socioeducativa de internação por analogia <i>in malam partem</i>	87
4.1.3 A procedência da pretensão socioeducativa em face de adolescente acometido de doença mental	90
4.1.4 O traço comum dos precedentes.....	97
4.2 Precedentes em demandas atinentes às medidas judiciais de cunho protetivo	102
4.2.1 O abrigo como um fim.....	102
4.2.2 A destituição do poder familiar por alienação mental da genitora.....	107
4.2.3 A edição de portarias judiciais genéricas.....	117
5 O COMPROMISSO COM O CONTEÚDO DA DECISÃO: UMA TENTATIVA DE CONTRIBUIÇÃO	124
6 CONCLUSÃO	141
REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

A existência do que se pode chamar o “Direito da Criança e do Adolescente”, enquanto ramo minimamente autônomo, constitui fenômeno relativamente novo na história do Direito, remontando ao final do século XIX.

Antes disso, o que havia era a indiferença jurídica acerca da especificidade de direitos ou interesses titulados pela população infanto-juvenil, havendo tão-somente esparsas previsões atinentes à responsabilização penal dos atos criminosos eventualmente praticados por aqueles indivíduos que não haviam, ainda, atingido à vida adulta, consoante as balizas etárias previstas em cada ordenamento jurídico interno.

A realidade global, guardadas as evidentes distinções sócio-culturais¹, demonstrava, essencialmente, a despreocupação dos ordenamentos jurídicos quanto à previsão especial de temas afetos aos direitos das crianças², que eram

1 Consoante o resgate histórico realizado por Maria Regina Fay de Azambuja(2004), o tratamento jurídico dispensado à infância, diferiu tanto no espaço quanto no tempo. Afirma a citada autora que, desde a antiguidade e adentrando na idade média, as comunidades civilizadas(dentre elas os egípcios, mesopotâmios, romanos e gregos) não consideravam as crianças como merecedoras de proteção especial, havendo, ao revés, a aceitação da violência praticada pelos adultos, muitas vezes contando com o beneplácito do próprio direito positivo. Exemplificando, sob a vigência do Código de Hamurábi (1700-1600 a.C.), era prevista a pena de corte da mão ao filho que praticasse violência contra o pai, sem que houvesse a mesma pena se os papéis fossem trocados, restando clara a maior valoração dada ao mundo adulto. Na mesma trilha, o referido estatuto legal previa que o filho adotivo que praticasse a ousadia de negar-se filho de seus adotantes teria como pena o corte de sua língua. Da mesma forma, seriam-lhe, por pena oficial, retirados os olhos caso manifestasse a vontade de retornar ao convívio de sua família biológica, inexistindo nas duas hipóteses, também, qualquer previsão punitiva se o inverso fosse praticado pelos pais adotivos. Já em Roma, a Lei das XII Tábuas(ano 449 A.C), autorizava o pai, expressamente, a assassinar o filho que nascesse com alguma deformação física visível, bastando que se precavesse com o testemunho de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1). Como bem esclarece Azambuja, esta previsão guardava total coerência com o viés assumido pela referida Lei, para a qual o pai detinha sobre sua prole o direito absoluto de disposição, podendo vender os filhos, escravizá-los e, inclusive, matá-los(Tábua Quarta, nº 2). No mesmo toar, a legislação da antiga Grécia concedia aos pais a faculdade de eliminar sua prole defeituosa, jogando-a dos rochedos de Taigeto. Em suma, na visão greco-romana da antiguidade, a esposa e os filhos eram carentes de qualquer direito passível de proteção estatal, havendo a máxima valorização do pai como chefe da célula familiar, gerando-se um forte paradigma que estendeu seus efeitos por toda a época medieval e adentrou na modernidade, quando então, de modo incipiente, começou a formar-se a consciência de que as crianças eram merecedoras de uma atenção específica, por estarem em uma fase distinta da vida adulta.

2 Cumpre observar que, no exame da história do mundo infantil, em comparação com o mundo adulto, a noção de “adolescência” - como o período transitório entre esses dois mundos – não foi objeto de previsão específica nas legislações internas e internacionais, razão por que, ao referir-se a crianças, muitos desses ordenamentos adotavam critérios etários que, no caso atual brasileiro, abrangem sujeitos considerados adolescentes.

vistas como adultos em miniatura³ e que, sob esta ótica, já estariam contempladas com o regramento destinado às pessoas em geral, mormente pelo senso comum existente no sentido de que as questões infantis deveriam, necessariamente, ser apreciadas e solvidas no privado âmbito familiar⁴.

No entanto, essa cômoda simplificação legitimava um verdadeiro “estado de natureza familiar”, no qual o império do mais forte(o adulto varão) possibilitava a ocorrência de impunes abusos praticados em desfavor dos mais fracos(as crianças e, também, as mulheres adultas)⁵.

Dentro desse contexto, o “Caso Mary Ellen”⁶ serviu como símbolo da

3 Essa visão simplista da infância, que via nas crianças tão-somente pequenos adultos, pode ser constatada, por exemplo, no exame das pinturas dos séculos passados. Nesse sentido, “[...] encontram-se, no século XVIII, com frequência, retratos de crianças sozinhas. As imagens da família, existentes há mais tempo, começam, neste período, a se organizar em torno da criança. Por volta dos séculos XVI e XVII, são observadas crianças usando roupas diversas das utilizadas pelos adultos, demonstrando o início de uma nova visão em torno desta fase da vida. Em período anterior, as pinturas retratavam as crianças como adultos em miniatura, pois logo que deixavam de usar cueiros, vestiam-se exatamente como outros homens e mulheres de sua classe social”(AZAMBUJA, 2004, p. 30).

4 Como observa Paulo Afonso Garrido de Paula(2002), a importância conferida ao público infanto-juvenil não possuía a dimensão capaz de conduzir ao reconhecimento de que suas relações com o mundo adulto interessavam ao Direito, com o condão de estabelecer soluções para as hipóteses de conflitos. Por consequência desta visão reducionista, o pensamento jurídico não se debruçava no exame da existência de interesses ostentados pelas crianças(e pelos, hoje, adolescentes) passíveis de proteção estatal.

5 Na exata lição de Luigi Ferrajoli: “*Nas origens desta exclusão das crianças do horizonte do direito, encontra-se um paradoxo vinculado à rígida separação entre esfera pública e esfera privada que é gerada com o nascimento do direito moderno. Produto desta separação, os direitos de liberdade dos indivíduos machos e adultos se consolidaram, no velho Estado liberal, como uma garantia de imunidade do direito à esfera privada, esfera à qual pertencem, junto ao patrimônio, a família e a casa. O universo doméstico, não muito diversamente da fábrica, se configurou como sociedade 'natural', dentro da qual os 'menores' e as mulheres acabaram ficando alheios ao direito e além disso submetidos ao poder absoluto – paterno e conjugal – consequência lógica das liberdades 'civis' do pai-patrão. É assim que, mesmo adentrado em nosso século, o direito interessou-se pelos 'menores' – através de tribunais e orfanatos – unicamente como problema de polícia ou de assistência caritativa, resultado de seus atos desviados ou de seu abandono. É por esta via que foi mantida, também nas leis européias, uma legislação ao mesmo tempo paternalista e repressiva*”(2001, p. 5).

6 O caso paradigmático ocorreu em Nova Iorque, no ano de 1874, quando uma assistente social da Igreja, ao realizar uma visita domiciliar, deparou-se com uma menina de nove anos acorrentada à cama, doente, subnutrida e maltratada. Como não havia nenhuma lei limitando o exercício do poder familiar ou mesmo uma lei que proibisse os maus-tratos, não existia uma norma específica com base na qual se pudesse exigir o fim das condutas abusivas. Então, foi com estribo, por analogia, na lei de proteção aos animais que agiram os defensores da infante, sob o argumento de que tal lei proibia que maus-tratos fossem cometidos contra quaisquer seres vivos pertencentes ao reino animal(MONACO, 2004). Aliás, quem representou a pequena Mary Ellen, em juízo, foi a Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais(existente desde 1866), visto que ela havia sido equiparada aos animais domésticos de Nova Iorque para a finalidade de obter a tutela

impotência do ordenamento jurídico(no caso, paradigmaticamente o norte-americano) para a proteção das crianças vítimas de maus-tratos(em sentido lato, ainda que por omissão/abandono), gerando uma forte reação da sociedade civil, que resultou na criação da primeira liga de proteção à infância, *Save the Children of World*, fundada em 1874 e que se tornou um organismo internacional. Na mesma trilha, em 1899, foi instalado, no Estado Americano de Illinois, o primeiro Tribunal de Menores do mundo(SARAIVA, 2003).

Por conseguinte, no limiar do século XX, a criança deixava de ser considerada mera *res* à disposição de seu dono, tornando-se, pelo menos, objeto de proteção/preocupação estatal. E, fiel a essa noção tutelar, teve início o chamado “Direito do Menor”.

Cumpre observar que, naquele momento da História, não restavam maiores dúvidas acerca da necessidade de que as relações das crianças com o mundo adulto fossem alvo do crivo do Estado. Contudo, os interesses infantis permaneciam a ser confundidos com os interesses dos adultos, ou seja, partia-se da premissa de que, para a proteção jurídica da criança, bastava que esta fosse representada por um adulto responsável.

Em outros termos, havia a assimilação da ideia de que os interesses das crianças estariam assegurados por meio da tutela dos interesses do mundo adulto, cujos integrantes seriam os representantes legais daqueles impossibilitados de exercer pessoalmente seus direitos. Assim, *“o mundo adulto apodera-se do mundo infanto-juvenil, através de uma escuta e olhar, ainda que informados pela bondade, que não identificava a existência de interesses da criança e do adolescente que pudessem contar com a proteção do Direito”*(PAULA, 2002, p. 14).

Sob a égide dessa visão restritiva, na qual o Brasil(e, de modo geral, todo o mundo ocidental) se inseria, a reconhecida personalidade jurídica da criança⁷ longe estava de constituir sinônimo de capacidade de exercitar direitos. E a esta incapacidade correspondia, ao fim e ao cabo, a não-conferência de direitos

judicial!

⁷ Levando-se em conta o teor do disposto no artigo 2º do Código Civil de 1916(*“Todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”*), poder-se-ia, equivocadamente, concluir que, desde aquela época, o ordenamento jurídico brasileiro já reconhecia as crianças e os adolescentes - dentro da generalidade “homem” - como sujeitos de direitos.

específicos e personalíssimos à população infantil, sob o argumento de que, se não poderiam exercitá-los, afinal, restaria ilógica tal contemplação no ordenamento jurídico⁸.

Como salienta Ferrajoli(2001), na tradição jurídica ocidental, direito e infância são termos tendencialmente antagônicos. Isso porque, estando as crianças privadas da capacidade de atuar, sempre foram tratadas (e pensadas) muito mais como objetos do que como sujeitos de direito⁹. Dessa forma, o “Direito do Menor” sempre foi concebido, na cultura jurídica ocidental, como um direito menor, alheio ao horizonte teórico do jurista e escassamente compatível com as avançadas formas jurídicas do direito dos adultos.

Nesse rumo, o “Direito do Menor” erigido no início do século XX identificava, na incapacidade civil da criança, o reconhecimento de uma incapacidade “natural” à qual lhe outorgou *status* científico, de modo semelhante ao tratamento, à época, dispensado às mulheres(MÉNDEZ, 2001).

Sob esse alicerce, tal direito autônomo/especial configurava-se como um regramento de inspiração confessadamente tutelar/paternalista, visando ao tratamento de “patologias sociais”, tendo, portanto, unicamente como destinatárias as crianças¹⁰(e, também, os adolescentes de hoje) supostamente em perigo(moral,

8 Novamente, aqui, busca-se auxílio no magistério abalizado de Paulo Afonso Garrido de Paula: *“Em resumo, por que conferir direitos àqueles impossibilitados de os exercerem pessoalmente, se já contavam com a proteção de seus interesses pelo mundo adulto? A tutela dos órfãos, dos filhos dos ausentes, e daqueles que decaíram do pátrio poder, não deixa de elucidar a questão, porquanto sua finalidade básica reside na identificação do integrante do mundo adulto que possa proteger a pessoa da criança ou adolescente e, eventualmente, seu patrimônio. Também os abandonados teriam tutores nomeados pelo juiz, ou seriam recolhidos a estabelecimentos públicos para este fim destinados, denotando que a proteção jurídica quase se exauria na busca do responsável adulto que representasse ou assistisse a criança ou adolescente no exercício de seus direitos”*(2002, p. 14).

9 No entanto, a recíproca não é verdadeira no que se refere à aptidão/capacidade da população infanto-juvenil para assumir/contrair obrigações, já que, historicamente, as crianças e os adolescentes – como já visto – sempre foram, em maior ou menor medida, alvo de normas repressivas criadas como resposta estatal para suas condutas ilícitas. Em síntese, se por um lado eram incapazes de exercitar(e até de titular) direitos a serem protegidos pela força estatal, de outro lado eram identificados como merecedores das “penas da lei”. Evidente, portanto, que este desequilíbrio normativo externava, em última análise, a imposição dos interesses dos adultos, buscando-se a proteção, primeiramente, da sociedade, possível vítima da ação desvirtuada das crianças e dos adolescentes, sendo que para estes a proteção estatal decorria, por reflexo, do eventual atendimento das pretensões dos adultos que os representavam.

10 Entendidas – repita-se – como as pessoas menores de 18 anos(ou seja, todas aquelas que não alcançaram à vida adulta), compreendendo, pois, o conceito de adolescente atualmente previsto

físico, psíquico etc.). Portanto, o “Direito do Menor” não tinha como ponto de partida a concepção de que as crianças pudessem participar de relações jurídicas na qualidade de titulares de interesses subordinantes, havendo a ideia de proteção meramente reflexa(PAULA, 2002).

Era, pois, a irregularidade da situação da criança que justificava a invocação do direito menorista, que se esteava na denominada Doutrina da Situação Irregular. E esta doutrina restou positivada nos diversos países da América Latina, os quais editaram legislações que reconheciam, ao fim e ao cabo, o poder absoluto e discricionário do Estado no âmbito das questões atinentes à população infanto-juvenil¹¹.

No que se refere especificamente ao Brasil, essa doutrina eminentemente tutelar se firmou em bases sólidas, prosseguindo no período ditatorial pós-1964, quando foi revitalizada, sem modificação significativa de seu conteúdo, pela edição do Código de Menores(Lei nº 6.697/79).

Com efeito, sob a égide dessa nova legislação(mera atualização do paradigma nacional de 1927), reforçou-se a Doutrina da Situação Irregular, na qual as crianças e os adolescentes eram vistos como objeto de providências a serem tomadas pelo Estado, sendo que este ente público abstrato era representado, de modo absoluto e centralizado, pela figura do Juiz de Menores.

Por conseguinte, na esteira da indigitada doutrina, o Poder Judiciário assumia um papel eminentemente assistencial, cabendo ao julgador a adoção de um indeterminado leque de medidas, que eram escolhidas em um ambiente de extrema discricionariedade decorrente do sistema legal então vigente¹². Na realidade, as leis menoristas outorgavam aos juízes(de menores) a capacidade real de desenhar e, parcialmente, executar as políticas públicas destinadas ao público infanto-juvenil pobre(MÉNDEZ, 2001).

no Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹¹No caso específico do Brasil, a Doutrina da Situação Irregular foi positivada em 1927, com a edição do Decreto 17.943-A, conhecido como “Código Mello Mattos”.

¹² Exemplificativamente, a própria definição da situação irregular, que justificava a intervenção judicial, carecia de mínimas balizas, na medida em que o artigo 2º, inciso V, do indigitado Código de Menores abrangia nesse conceito o menor com “desvio de conduta”, ficando ao alvedrio do julgador a interpretação acerca do alcance de tal hipótese.

Porém, o quadro acima retratado mudou substancialmente (e em nível global) no final dos anos oitenta, com a reformulação do paradigma e a efetiva construção de um novo direito infanto-juvenil, mercê da vigência de uma nova ordem jurídica internacional estada na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Crianças¹³.

Especificamente no caso brasileiro, com o advento da nova ordem constitucional contida na Carta Política de 1988 (ainda no ano anterior à formalização da Convenção¹⁴) e com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990¹⁵), produziu-se uma substancial mudança do modelo que norteava as intervenções estatais (e, em especial, judiciais) relacionadas às matérias afetas à infância e à juventude, exurgindo a denominada Doutrina da Proteção Integral.

Nesse novo contexto jurídico, a criança e o adolescente – não mais o “menor” – são contemplados como sujeitos de direitos expressamente previstos no ordenamento de regência, incumbindo ao Poder Judiciário a garantia desses

13 Referido diploma internacional, ratificado pela quase totalidade dos países de todos os continentes (apenas Estados Unidos e Somália ainda não ratificaram a Convenção), trouxe a lume uma nova e absolutamente diversa doutrina: a Doutrina da Proteção Integral.

14 Coube ao Brasil a posição de vanguarda na necessária readequação da legislação interna. Nesse sentido, a nova ordem jurídica firmada pela Carta Política de 1988 conseguiu, inclusive, antecipar-se à própria Convenção de 1989, uma vez que plasmou, em seu artigo 227, os alicerces de um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais titulados por crianças e adolescentes, brindando a população infanto-juvenil com um verdadeiro resumo do futuro texto da Convenção, cujo conteúdo fundamental já era conhecido das nações. Assim, quando da adoção da Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Brasil já vivia sob o pálio de uma Constituição que, expressa e firmemente, positivara a Doutrina da Proteção Integral. E esse acolhimento do novo paradigma no seio da Constituição Federal de 1988 constituiu um episódio de efetiva criação democrática do Direito, visto que o texto do predito artigo 227 foi articulado pelo trabalho insistente de educadores e juristas que, recém libertados de um período ditatorial (para o qual o modelo tutelar era de extrema utilidade), fizeram bom uso da possibilidade de emendas populares e conduziram a Assembleia Constituinte a modificar o cenário jurídico no âmbito das questões infanto-juvenis, alijando o antigo paradigma antidemocrático.

15 Conforme noticiado no Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado (redigido por juristas que compuseram o grupo de redatores do texto legal): “O ECA é uma consequência natural da CF de 1988. O legislador constituinte, em seu artigo 227, caput, vinculou a legislação ordinária à concepção da proteção integral, ao afirmar que crianças e adolescentes têm direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado. Logo após a promulgação da Magna Carta surgiu o primeiro ante-projeto, denominado Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude, embrião do ECA, elaborado pelos autores destas anotações, e levado à discussão do Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, movimento de articulação de representantes de entidades não governamentais e especialistas da área, muitos dos quais integrantes de órgãos públicos ligados à questão[...]. Aprovado nas duas Casas, foi sancionado e publicado no Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990, entrando em vigor no dia 14 de outubro do mesmo ano” (CURY, 1999, p. 17).

direitos, não se confundindo com o executor das medidas pertinente ao caso concreto¹⁶.

Da mesma forma, mercê das definições e limites postos no novel ordenamento, houve a palpável intenção de reduzir a predita discricionariedade que permeava as decisões judiciais¹⁷ relacionadas à Infância e à Juventude, visando a devolver ao Poder Judiciário o seu clássico papel de prestar a jurisdição e não de executar políticas públicas.

Sob as bases dessa nova doutrina, restou consagrada, no plano jurídico-positivo, a possibilidade de crianças e adolescentes participarem direta e amplamente de relações com o mundo adulto, enquanto titulares de interesses juridicamente protegidos, ostentando, finalmente, a posição de sujeitos de direitos pessoalmente exercitáveis e subordinantes das ações da família, da sociedade civil e do Estado¹⁸.

Essa alteração de paradigma – a participação de todas¹⁹ as crianças e

16 Em resumo, passou-se de um *modelo de proteção* em que se privilegiava a guarda dos interesses das crianças e dos adolescentes, sem que, formalmente, lhe fossem reconhecidos direitos materiais e processuais norteadores da intervenção judicial, para um *modelo de justiça*, no qual esses direitos são, finalmente, confirmados e assegurados em contornos muito mais visíveis.

17 Muitas dessas “decisões judiciais” nada mais eram que meras e não-fundamentadas providências de cunho administrativo/assistencial.

18 Na lição de Paula: *“Também é mister consignar que relações jurídicas nas quais crianças e adolescentes participam como sujeitos de obrigações também foram disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente aquelas decorrentes da prática de ato infracional, ou seja, a realização de condutas descritas, na lei penal, como crimes ou contravenções penais. Faço tal observação porque, não raras vezes, a ignorância ou a má-fé tem motivado alguns comentários no sentido de que o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas regulamentou direitos, olvidando os deveres de crianças e adolescentes. Mas a inovação não foi a de disciplinar deveres, historicamente contemplados nos textos de inspiração repressiva que marcaram a tutela jurídica dos interesses do mundo infanto-juvenil. O visto pela primeira vez de forma orgânica foi a indicação de crianças e adolescentes como titulares de interesses juridicamente subordinantes e a criação de mecanismos que possibilitassem a realização efetiva desses interesses, o que, obviamente, despertou a atenção pela novidade, fazendo com que, principalmente a mídia, divulgasse o Estatuto da Criança e do Adolescente sob esse prisma”*(2002, p. 21).

19 É oportuno salientar que o Novo Direito da Criança e do Adolescente visa – alterando o paradigma – a nortear a totalidade das relações jurídicas entretidas por crianças e adolescentes, ainda que persista a vigência de outros estatutos legais que afetam, diretamente, a população infanto-juvenil, mormente aqueles diplomas vinculados ao específico ramo do Direito de Família. Nessas situações, o que deve restar nítido é o comprometimento das outras searas do Direito(enquanto prática jurídico-judicativa) com os alicerces da nova Doutrina da Proteção Integral(esmiuçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), a qual se deve fazer presente, por exemplo, nas demandas de separação/divórcio, impondo que a discussão e, em especial, a deliberação acerca dos efeitos da dissolução conjugal não vislumbre na prole mero objeto de

adolescentes nas relações sociais na qualidade de sujeitos de interesses juridicamente subordinantes – constituiu uma profunda ruptura com o antigo sistema de proteção tutelar (e reflexa), representando a gênese do Novo Direito da Criança e do Adolescente²⁰.

Entretanto, em que pese a cristalina alteração do modelo jurídico-normativo relativo aos temas infanto-juvenis, mostra-se oportuna a análise das repercussões que essa nova realidade jurídica ensejou no plano concreto, mais precisamente nas lides forenses. Em outros termos, o que se pretende investigar é a concretização(ou não) dessa nova doutrina na Justiça da Infância e da Juventude.

Com esse desiderato, pretende o presente trabalho debruçar-se, especificamente, no exame da aplicação/interpretação do denominado princípio do melhor interesse da criança nas questões atinentes à Justiça Infanto-Juvenil, deixando-se de adentrar em temas outros em razão da necessária limitação do objeto da pesquisa para o maior aprofundamento dos problemas cujo enfrentamento será buscado nesta singela pesquisa.

Cabe salientar que o predito princípio encontra-se explicitamente previsto no texto da Convenção Sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, que foi recepcionada por nosso ordenamento jurídico pátrio.

Nesse cenário, o princípio do melhor interesse da criança tem-se constituído

disposição/conciliação, havendo a necessidade de que os interesses dos filhos sejam distinguidos e sobrelevados em relação às pretensões dos pais-separandos. Por este motivo, não há como se aceitar que, atualmente, persistam demandas sumárias e meramente homologatórias de separações/divórcios em que há previsão consensual do destino(guarda) a ser dado aos filhos, sem que haja a investigação acerca da conveniência da escolha feita pelos pais. Em tais casos, por cautela(e por respeito ao Novo Direito da Criança e do Adolescente) é de rigor uma prévia avaliação do caso(se possível, psicossocial) e, sempre que viável, a oitiva/escuta do maior interessado: a criança ou o adolescente.

²⁰ Tomando por referência a maior ou a menor preocupação do Direito com as crianças, pode-se assim resumir o seu processo evolutivo: a) inicialmente, havia a absoluta indiferença com relação aos assuntos infantis, que se identificava pela ausência de normas atinentes a esta temática; b) posteriormente, delineou-se um sistema de mera imputação criminal, no qual as previsões normativas eram norteadas pelo propósito de reprimir a criminalidade infanto-juvenil, pressupondo, por consequência, a capacidade de suportar os efeitos penais do ilícito; c) um terceira fase de inspiração tutelar, explicitada por legislações direcionadas à proteção dos interesses do mundo infanto-juvenil por delegação ao mundo adulto, com restrição de incidência às situações de “patologia social”; d) por fim, o erguimento de um sistema de proteção integral(e direta), com a positivação de direitos e garantias com específica titulação por crianças e por adolescentes e previsão de mecanismos para a sua concretização, por meio do comprometimento da família, da sociedade e do Estado(PAULA, 2002).

em importante e recorrente fundamento legal de decisões judiciais relativas à área infanto-juvenil.

Dessa constatação decorre a relevância que se vislumbra no estudo do mencionado princípio, cuja invocação é constante e, no mais das vezes, determinante nos julgamentos havidos na Justiça da Infância e da Juventude.

O estudo do princípio do melhor interesse, dentro do contexto histórico e específico do Novo Direito da Criança e do Adolescente, constitui, pois, o tema central deste trabalho, visto sob o ângulo da seguinte problemática jurídica: a indagação acerca dos limites para a incidência deste princípio como fundamento ou causa de decidir, que se desdobra no questionamento quanto à validade conteudística do emprego do referido princípio quando cotejado com outro princípio ou com uma regra expressos e específicos a definir a matéria objeto da lide, mormente aquele dispositivo legal definidor de direitos e garantias dos destinatários da tutela judicial.

Nessa trilha, a presente dissertação almeja, em seu capítulo segundo, apontar a evolução do pensamento jurídico, desde a modernidade, e sua correlação com o problema das fontes do Direito, delimitando, em especial, os desdobramentos das doutrinas vinculadas às escolas jusnaturalistas e juspositivistas na contemporaneidade, na qual convivem aprimoradas posições neopositivistas e verdadeiras teorias pós-positivistas.

Dentro desse contexto, tentar-se-á introduzir a temática dos princípios, analisando-se o seu papel e o seu *locus* (interno ou externo ao sistema jurídico), com a conseqüente análise, ainda em âmbito geral, do impacto dessas teorias no recorrente problema da discricionariedade judicial.

No capítulo terceiro, adentrar-se-á no exame específico do princípio do melhor interesse da criança, procurando delimitá-lo no tempo e no espaço, resgatando as suas origens no contexto global e nacional e indicando o histórico da sua positivação, mormente no que se refere ao caso brasileiro.

Dentro do mesmo capítulo, buscar-se-á, com sustentáculo na doutrina especializada, conceituar o princípio do melhor interesse, diferenciando-o de outras duas noções constantemente vinculadas ao Novo Direito da Criança e do

Adolescente²¹: a proteção integral e a prioridade absoluta, para o efeito de evitar confusões que venham a dificultar a correta e prática compreensão do princípio objeto desta pesquisa.

Por derradeiro, como fecho do terceiro capítulo, ainda de predominância teórica, será realizada uma apreciação específica do risco discricional nas lides afetas à Justiça da Infância e da Juventude, em decorrência do persistente pensamento jurídico voltado à Doutrina da Situação Irregular e o decorrente uso do princípio do melhor interesse da criança como sucedâneo do modelo tutelar. Para tanto, as referências teóricas serão, sobretudo, os autores brasileiros e latino-americanos que participaram da redação das recentes legislações infanto-juvenis editadas já sob o marco da Doutrina da Proteção Integral.

No quarto capítulo desta dissertação, pretende-se realizar o estudo de casos judiciais, consubstanciado no exame de processos cujas decisões foram esteadas, explícita ou implicitamente, no princípio do melhor interesse da criança.

Com o fito de exemplificar a temática apreciada no plano teórico, foram selecionados três casos relativos à apuração de atos infracionais praticados por adolescentes e outros três referentes a medidas judiciais de cunho protetivo, tendo todos os processos em comum a circunstância de que o princípio do melhor interesse serviu de causa determinante da decisão, sobrepondo-se às normas jurídicas que, em tese, seriam aplicadas para a solução das questões, como se tentará demonstrar pela análise crítico-problemática da normativa de regência e tendo como contexto a história das legislações menoristas brasileiras.

No quinto capítulo deste trabalho, a intenção é de contribuir para o debate do tema, apresentando proposta de solução para os questionamentos acima postos, atinentes aos limites da aplicação/interpretação do princípio do melhor interesse e sua relação com as demais normas jurídicas, esteando-se nas teorias pós-positivistas e com o olhar sempre voltado para a ação judicativa, ou seja, para o mundo prático do Direito.

21 Cabe salientar que, embora as quase duas décadas de vigência da Doutrina da Proteção Integral, persiste a “novidade” do Direito da Criança e do Adolescente(em contraste com o “Direito do Menor”), tendo em conta que esses cerca de vinte anos são um piscar de olhos em comparação com a milenar história de desinteresse e incompreensão do mundo do Direito(dos adultos) com o mundo infanto-juvenil.

Espera-se, ao final, que a presente dissertação sirva, pelo menos, para reforçar a discussão sobre temática de nítida importância prática, trazendo alguma luz, em especial, àqueles que possuem a relevante missão de aplicar/interpretar o Novo Direito da Criança e do Adolescente.

2 A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO DESDE A MODERNIDADE

2.1 A noção propedêutica do Direito e o papel das normas jurídicas

Em consonância com o escopo desta pesquisa, que pretende examinar e confrontar posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do alcance das normas jurídicas, dando ênfase às consequências daí advindas no âmbito de sua aplicação/interpretação na seara da Justiça da Infância e da Juventude, mostra-se oportuna uma prévia análise da evolução do pensamento jurídico no tocante a essa temática, seguindo-se a uma breve abordagem sobre o estágio atual do debate, em especial no atinente ao problema da discricionariedade judicial; tudo isso como alicerce para o posterior estudo prático-problemático do princípio do melhor interesse da criança.

Nesse rumo, cabe salientar, de antemão, que a definição(ou tentativa de definição) da norma jurídica é questão de abordagem obrigatória àqueles que têm o primeiro contato(especialmente na graduação acadêmica) com a “Ciência do Direito”, servindo de tema introdutório recorrente, sob a justificativa de que permite a compreensão abrangente de todos os compartimentos do sistema ou ordenamento jurídico, realçando-se a ideia de que um sistema supõe ordenação interior e unidade de sentido²²(GRAU, 2005).

Na lição de Paulo Nader(1988), a mera disposição dos homens à prática da justiça não se mostra suficiente para atingir o equilíbrio social, sendo necessário que

22 Na lição do jurista Eros Grau, “[...] o direito é também, no plano inferior ao dos princípios, onde se realiza como sistema, sistema de normas. Sistema de normas no sentido de que elas se relacionam substantiva e formalmente. Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integradas”(2005, p. 23).

se lhes indique a fórmula de justiça que satisfaça à sociedade em dado momento histórico. Assim, consoante o predito jurista, a norma jurídica constituiria um instrumento para a definição das condutas exigidas por cada Estado²³.

Em conformidade com esse atributo, as normas jurídicas ostentariam as características da bilateralidade(existência de um direito subjetivo e de um correspondente dever jurídico), generalidade(pretensão de alcance a todos que se achem em igual situação jurídica), abstratividade(regulando os casos dentro de um denominador comum, sem casuísmos), imperatividade e coercibilidade(caráter mandamental e com possibilidade de uso de mecanismos de coação oficial).

Na mesma trilha, Miguel Reale, ressaltando a natureza heterônoma e a exigibilidade da norma jurídica, caracterizou-a como “[...] *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*”(1990, p. 95).

As normas jurídicas, portanto, estariam dentro da categoria de normas de conduta social, diferindo-se das demais e, até mesmo, atingindo relevo superior pela maior obrigatoriedade, pela pretensão à permanência e pelo aspecto impessoal e geral de seus comandos, positivos ou negativos.

Importante, aqui, lembrar a distinção introdutória há muito realçada nas disciplinas acadêmicas do Direito entre norma jurídica e lei, visto que esta é apenas uma das fontes de um ordenamento jurídico, que, geralmente, é dotado de normas legais, consuetudinárias, jurisprudenciais e doutrinárias.

No entanto, essas noções gerais e propedêuticas devem ser esmiuçadas para que, ao fim e ao cabo, seja viável a superação do senso comum(e dos lugares-comuns), permitindo a formação de um pensamento jurídico minimamente comprometido com a práxis e não somente com a correção teórica do sistema.

Para tanto, é de rigor que seja feito um esforço histórico sobre o tema, já que Direito é, também, história, e sua compreensão demanda uma contextualização no espaço e no tempo.

23 Na definição clássica de Ihering(*apud* GRAU, 2005, p. 23), “[...] *o direito é um instrumento de organização social: sistema de normas(princípios) que ordena – para o fim de assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade(forma que visa a assegurar as condições de vida da sociedade, instrumentada pelo poder coativo do Estado)*”.

2.2 As correntes do pensamento jurídico desde a modernidade

Pode-se afirmar, perfunctoriamente, que há um atual consenso na doutrina jurídica no sentido de que regras e princípios²⁴ constituem as duas categorias de normas jurídicas (componentes, pois, do sistema do Direito) independentemente de possuírem origem legal ou derivarem de outras fontes.²⁵

Nesse norte, pacificou-se a ideia de que um sistema jurídico alcançaria o colapso caso se compusesse unicamente de regras ou de princípios, visto que aquelas determinariam uma maleabilidade mínima na sua relação com os casos concretos, sendo que a presença solitária de princípios geraria “*dúvidas sobre a exata forma de agir nas situações*” (SCHIER *apud* BERBERI, 2003, p. 98).

Porém, essa coexistência de regras e princípios, como componentes internos de um mesmo sistema, vincula-se a um histórico debate entre concepções do Direito, no qual, tradicionalmente, são apresentadas (em polos pretensamente opostos) duas correntes do pensamento moderno: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

24 À guisa de exemplo, Eros Grau (2005) identifica as normas jurídicas como o gênero no qual se identificam os princípios e as regras como espécies. Nesse rumo, o citado autor explicita que o Direito se realiza concretamente e que, sob este enfoque, os princípios também são concretizados no bojo de cada direito, dentro de um sistema aberto e incompleto, passível de modificação.

25 Na atualidade, os doutrinadores convergem no discurso que reforça a importância da interação entre regras e princípios jurídicos, figurando estes últimos como elementos conectores ou unificadores do sistema (CANARIS, 1996) e como fundamento de julgamento (BOBBIO, 2006), dentro de uma noção de vinculação jurídica. Na categorização das normas jurídicas, doutrinadores vêm, hodiernamente, apontando, ainda, a existência de uma terceira e autônoma espécie normativa que abrangeria o conceito de *postulados*. Embora parte significativa da doutrina insira-os na categoria de princípios, autores como Humberto Ávila (2004) reconhecem sua individualidade, consubstanciando normas de caráter metódico, que estruturariam a interpretação de princípios e regras, servindo de exemplo os postulados da ponderação de bens, da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Resumindo esse noticiado confronto ideológico, para os jusnaturalistas, os princípios seriam elementos de transcendência do sistema jurídico, eternos e imutáveis, aproximando-se do conceito de dogma. Esta escola²⁶ apontava a carga valorativa dos princípios, voltada para o ideal de justiça, emprestando-lhes evidente importância e preferência sobre as regras – que a eles se deveriam amoldar –, mas sublinhando a natureza inalterável, e, por isso, infensa a críticas e a transformações sociais²⁷. Já o positivismo jurídico opunha-se aos adeptos do Direito Natural, realçando o temor de que a intensa carga de valor dos princípios conduzisse a uma não-desejada insegurança jurídica.

Essa diferença, por conseguinte, conduziria a um confronto entre a busca de um direito justo(jusnaturalismo) e a pretensão a um direito seguro(juspositivismo).

No entanto, como observa Rafael Tomaz de Oliveira, o jusnaturalismo racionalista possuía um projeto de Direito capaz de ser identificado e construído completa e sistematicamente pela razão. Portanto, ao inverso do que se vem

26 À guisa de resgate histórico, cabe citar trecho da obra clássica de Giorgio Del Vecchio, que é identificado com o Jusnaturalismo, sob um nítido viés racionalista de inspiração kantiana: “A mesma experiência jurídica, afina, e, em particular, a prática judicial mostram que das normas formuladas pelo legislador, por mais engenhosamente combinadas que sejam e por mais que se lhes amplie o significado literal, não se pode extrair máximas capazes de resolver os novos casos que a vida, no seu constante fluir, apresenta. Se a função do juiz é, não obstante sempre possível, sobre a base da lei, isso ocorre porque a própria lei abre espaço, além da interpretação analógica, aos princípios gerais do direito, dando-lhes, com essa forma assim largamente compreensiva, um reconhecimento especial e uma verdadeira e própria sanção de ordem positiva”(2005, p. 17).

27 Cabe, aqui, a transcrição da acurada crítica de Castanheira Neves à arbitrária imutabilidade do Direito insita à escola naturalista: “O direito não era afinal essencialmente, como queria esse pensamento do direito natural, 'uma justiça que o homem encarna, mas não cria'(D'ENTREVES)', e sim uma justiça culturalmente criada pela praxis histórico-existencial e comunicativa do 'ser-com' do homem: projecção e determinação temporal do seu próprio temporal poder-ser. Pelo que o 'existencialismo jurídico', ao assumir na sua compreensão do direito este sentido ontológico-existencial da historicidade prática – sentido que cronologicamente se impunha no pensamento, já então protagonista, da filosófico-cultural compreensão do homem – era verdadeiramente incompatível com o direito natural, e que afinal negava, ainda quando dizia afirmá-lo 'de outro modo' ou com outro e contemporâneo sentido. Pois esse outro sentido seria o que resultava da compreensão do fundamento constitutivo do direito natural, não já num necessário pré-dado ontológico ou num absoluto a priori axiológico, mas na transcendens autoconstituente determinação pelo homem da sua própria histórico-comunitariamente realizando humanidade – determinação essa, posto que situada e objectivamente condicionada, decerto não arbitrária, mas responsável na sua opção e auto-vincente nas suas expressões axiológicas. Ou seja, a indisponibilidade axiológico-normativa que o direito natural sempre afirmara e quisera impor à autonomia da praxis humana volve-se agora no seu contrário, numa auto-disponibilidade decisória do homem sobre o sentido de si e da sua praxis, no seu ser-no-mundo com os outros em termos de verdadeiramente o que afinal sempre permanecería seria só a interrogação ou a perenidade dos problemas(dos 'eternos problemas')”(2003, p. 43).

sugerindo “a partir da velha oposição manualesca entre *jusnaturalismo* v.s. *Juspositivismo*”(2008, p. 49), o movimento de codificação presente no século XVIII(contemporâneo com a consolidação do positivismo como método de conhecimento do Direito) não representa uma oposição ao *jusnaturalismo* moderno, “[...] mas sim o apogeu do projeto de um Direito colocado e conhecido racionalmente²⁸”(2008, p. 50).

Na mesma medida, Castanheira Neves refere que

O direito natural racional(nos vários sistemas de direito natural racional) era simplesmente um projecto axiológico e normativo, mas não, só por isso, direito. Os seus sistemas normativos não eram mais, afinal, do que modelos dogmático-rationais a oferecerem-se como projectos positivo-legislativos, um “direito positivo ideal”(ANDRÉ-VINCENT). É que esse direito ideal carecia de uma positivação para se tornar realmente direito e a positivação só era pensável ao tempo – como implicava o conceito também de “direito positivo” – pela legislação[...], com isso apenas lhe ficava a possibilidade de uma conversão do seu ideal jurídico(intencionalmente pensado) ao real(efectivamente prático) mediante a sua assimilação e prescrição pelo legislador nas suas leis. E foi o que, na verdade, historicamente se verificou: o *jusnaturalismo* moderno-iluminista preparou, desde os meados do séc. XVIII, e consumou-se, a partir de 1794(a data do código prussiano), na codificação. Os Códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário Code civil francês de 1804 outra coisa não foram, fundamentalmente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo *jusnaturalismo* moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos[...] Se deste modo o direito natural preparou a codificação e se consumou no direito positivo(no direito positivo codificado), poderá igualmente pensar-se que a *iuris naturalis scientia*, com a sua específica especulação filosófica de projecção normativa, viu consumada a sua tarefa histórica. Poderia mesmo pensar-se que, volvido o direito exclusivamente em direito positivo e, nessa base, em realidade e objecto histórico(histórico-político e histórico-social) não só ao pensamento jurídico se abria a possibilidade de se tornar verdadeiramente “ciência do direito”(ciência positiva do direito), como a sua tradicional dimensão filosófica tenderia a dar lugar apenas a epistemologia – à teoria dessa ciência e do seu método(2003, p. 26).

De acordo com Antonio Nedel, o pensamento jurídico, comprometido, pois, com a visão racionalista moderna, buscou afastar do direito a pressuposta

28 A noção clássica de Montesquieu, que via no juiz um mero porta-voz do direito escrito, está, nitidamente, inserida neste pensamento racionalista que conduziu, como a seguir se abordará, a um reducionismo artificial do fenómeno jurídico e cujos resultados frustraram, certamente, aqueles que acreditavam que fosse possível colocar limites na realidade, uma vez que, na prática judicativa, o aplicador/intérprete passou a ter amplos poderes interpretativos, afastando-se da figura idealizada do “juiz boca-da-lei”.

transcendência normativa do jusnaturalismo aristotélico-tomista²⁹, a fim de erigir sistemas jurídicos que derivassem da autônoma racionalidade humana. Dessa forma, o jusracionalismo da modernidade, conquanto vinculado à filosofia prática, “[...] *emancipou-se dos pressupostos normativos de uma ordem natural transcendente, identificando o direito em perspectiva antropológica e axiomático-sistemática*”(2009, p. 169). Segundo o mesmo autor, “*a razão jurídica é assumida como uma filosofia prática, axiomática e dedutiva, que encontraria a sua forma na lógica expressão de um sistema normativo, posteriormente consumado na codificação*”(2009, p. 169). E essa mutação teve o condão de tornar a filosofia prática um programa político, com a redução da noção de Direito a uma dogmática confusão/identificação com a legalidade positiva e estatalista³⁰.

Assim, criados os alicerces teóricos e prático-políticos(com a efetiva codificação/positivação do Direito e o reforço de sua vinculação à noção de legalidade), o positivismo jurídico³¹ passa a despontar no pensamento(e no imaginário) dos juristas.

Nesse cenário, maximizou-se a preocupação com a perfeição teórica do

29“*As 'coisas' cuja 'natureza' assim se intencionava revelariam já em si, no seu modo de ser concreto, um sentido normativo(teleológico-normativo) que, nesse seu específico sentido ontológico de projecção normativa, se impunha como indisponivelmente vinculante – as 'coisas' manifestariam em si, na sua 'natureza' a sua própria nomos e o seu próprio telos*”(NEVES, 2003, p. 39).

30 Nesse sentido, o primado teórico erigido pela preconcepção racionalista do Direito restou por apontar a manifestação do fenômeno jurídico para o conhecimento do direito legislado e a busca do preenchimento de suas lacunas e da correção de suas eventuais assimetrias/incoerências. Por conseguinte, a aproximação entre Direito e lei redundava em uma artificialidade(aparência) de autonomia do Direito frente à Política, que se afirmava no plano unicamente abstrato/teórico, sem forças de distinção no âmbito prático/concreto(OLIVEIRA, 2008).

31 Sobre a origem do positivismo comteano, é oportuna a lição de Nedel, para o qual “[...]a visão de mundo positivista, identificado com o êxito das ciências naturais, emergiu no século XIX, hegemonizando o paradigma epistemológico do empirismo. Em pouco tempo os pressupostos metódicos de seu cientificismo invadiram a seara das ciências sociais e também o conceito de direito dominado pelo novo paradigma transformou-se num positivismo jurídico, passando a partilhar com os pressupostos gerais da sua doutrina da aversão à especulação metafísica e à procura das razões finais[...]. Nesse sentido, o método ideal de certeza e segurança propiciado pela dedução lógico-matemática introduzida pela metafísica cartesiana, hegemonizou-se como base paradigmática do pensamento moderno. Ele foi reafirmado por Leibniz, e atingiu a sua culminância com o criticismo idealista de Kant. Da mesma forma que em Descartes, na crítica do conhecimento Kantiano, a verdade exsurge filosófico-abstratamente, numa transcendência que define as bases do conhecimento num apriorismo lógico desvinculado da experiência empírica. Como se pode ver na *Crítica da Razão Pura*, o princípio da unidade sistemática da percepção constitui-se como o princípio supremo no exercício compreensivo do entendimento, isto quer dizer que, a partir de critérios definidos a priori pela consciência, é que se devem disciplinar as ações práticas[...]”(2009, P. 169).

sistema do Direito, enquanto ciência, e minimizou-se(ou até mesmo anulou-se) o interesse relativo à prática, ou seja, atinente à efetiva problemática jurídica.

Fiel ao modelo kantiano, o juspositivismo ensejou a abstração do contexto da vida prática e, dentro de seu formalismo lógico-abstrato, afastou, por completo, o Direito da historicidade(da vida), reduzindo-o, em sua aplicação, a uma operação silogística³² de subsunção. Dessa forma, o aplicador/intérprete limitava-se a ajustar o caso concreto ao sentido já antecipado na norma positiva, bastando, para atingir tal desiderato, o correto manejo do procedimento lógico-dedutivo.

A aplicação do direito sob a ótica positivista promovia, pois,

[...] um alheamento da realidade material que caracteriza o concreto problema jurídico, desproblematizando acriticamente a sua realização através de um dogmatismo lógico-formal que anula a possibilidade da emergência do seu verdadeiro sentido(NEDEL, 2009, P. 267).

Por conseguinte, o interesse do “operador” jurídico apartava-se da práxis e, por consequência, neutralizava qualquer temática atinente aos valores ou aos fins da norma aplicada, já que o conteúdo desta não era o que importava para a adequação do sistema, mas, sim, a exata utilização do método previamente conhecido.

Com isso, a função do julgador era, teoricamente, técnico-mecânica, cabendo a ele unicamente repetir, no caso concreto, o sentido já cristalizado na auto-suficiente norma de direito positivo³³. E, como consectário dessa redução do papel do aplicador(que deixa de ser, também, intérprete, uma vez que nada mais há a interpretar), alcançava-se, sob a ótica do positivismo, a almejada segurança jurídica, decorrente de um julgamento que seria, sempre, passível de previsão³⁴.

32 Operação em que a lei desempenharia o papel de premissa maior, o fato assumiria a posição da premissa menor e a inarredável conclusão seria a norma a ser aplicada ao caso concreto. Com esteio nesta “teoria do silogismo”, o normativismo formalista do século XIX acreditava, ingenuamente, que “[...] assim fazendo ele [o juiz] não cria nada de novo, apenas torna explícito aquilo que já está implícito na premissa maior” (BOBBIO, 2006, p. 41).

33 Na esteira da Wieacker(apud NEDEL, 2009, p. 170), seria “[...]possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático.”

34 Enquanto a metódica jurídica da pré-modernidade possuía um viés judicativo(conquanto comprometido com os postulados da transcendência metafísica) e vinculava-se a uma análise a

No preciso magistério de Nedel,

Ao tentar materializar o desiderato comteano de banir a metafísica, exorcizando axiomáticamente as ambiguidades, para propiciar uma lógica certeza e segurança das operações metódicas, também o pensamento jurídico positivista, iludido da sua própria essência, acabou se constituindo numa metafísica ao contrário. Sua essência metafísica evidencia-se na compreensão de que uma ordem jurídica deve constituir um mundo fechado dogmaticamente em si mesmo, um mundo autônomo, que subsiste na abstrata transcendência lógica de um todo sistemático, ou seja, da mesma forma que qualquer dogmatismo teológico-metafísico, a metafísica cientificista do positivismo jurídico reduziu a possibilidade da verdade ao âmbito dogmático de um sistema fechado(2008, p. 164).

Cumprido, aqui, ressaltar que a pretensão juspositivista de reduzir(ou suprimir) os poderes do julgador/intérprete guarda relação com uma desconfiança iluminista. Na época, havia a crença de que a razão contida nos códigos(produtos da vontade geral a que aludia Rousseau) deveria ser protegida de investidas de cunho individual/subjetivo dos juizes, que, assim agindo, poderiam fazer valer as suas vontades privadas.

Partindo da premissa de que o Direito era descoberto(e, após, codificado) pela razão humana, por meio de procedimentos deliberativos inspirados em interesses unicamente gerais/coletivos³⁵, as normas produzidas(abstratas e universais) eram merecedoras do exato cumprimento. Por isso, a atuação do julgador era, necessariamente, de mera subsunção, afastados quaisquer arroubos

posteriori dos problemas jurídicos, a metódica positivista, no caminho inverso, ordenava, *a priori*, a aplicação prática do Direito(NEDEL, 2006).

35 Castanheira Neves, comentando o desvanecimento, na atualidade, dessa noção de “vontade geral”, refere que: “*Três notas fundamentais vimos caracterizar a lei moderno-iluminista: ela seria uma prescrição normativa da vontade geral, de índole e validade racional e que se identificava com o direito. Pois bem – nenhuma destas notas se poderá manter no seu atual entendimento: nenhuma delas se cumpre na presente realidade político-jurídica da lei. É já insustentável a sua imputação à vontade geral – ao todo ou ao comum comunitário, pois as leis não são mais do que prescrições de particulares forças políticas, de forças políticas parciais, e mesmo partidárias, que no quando do sistema político-estadual(ou constitucional) adquiriram a legitimidade para tanto, a partir de uma sociedade dividida(justamente em diferentes forças sociais e políticas, atuantes e interventoras ao nível do poder) e plural(nos projetos ideológicos sobre essa mesma sociedade)[...] e por isso, sendo a expressão de uma vitória num conflito político, a lei invoca e afirma uma vontade geral, mas apenas a vontade da força política legislativamente dominante ou essa vontade transacionada com outras vontades políticas também particulares*”(apud SILVA, 1983, p. 584-585).

criativos³⁶, que eram vistos como ilícitos ataques ao sistema.

E, com o advento do Código Napoleônico, essa noção de auto-suficiência e integral determinação do direito escrito (e a correspondente ação operária do julgador) atinge o cume da montanha, restando sedimentado o duplo descrédito iluminista (descrédito na técnica do direito dos precedentes/jurisprudência e descrédito na figura pessoal dos magistrados da época, vinculados ao regime pré-revolução³⁷).

No entanto, a história demonstrou o equívoco e o artificialismo dessa pretenciosa ideia de completude da lei (que emolduraria a realidade) defendida pelo juspositivismo moderno, na medida em que os métodos subsuntivos, por óbvio, mostraram-se incapazes de neutralizar a ação do intérprete/juiz e, na prática judicativa, o resultado foi o inverso do desejo iluminista, ou seja, ao invés de anular o agir do julgador, a absoluta aplicação do método positivista às lides judiciais possibilitou uma verdadeira delegação do poder de legislar ao juiz³⁸.

Essa evidência é bem demonstrada na obra de dois doutrinadores neopositivistas, cujas teorias apresentam-se como versões aprimoradas/sofisticadas do juspositivismo moderno e que merecem uma rápida análise para o fito de melhor delimitar/contextualizar a temática dos princípios, que adiante será detalhada.

Hans Kelsen, na segunda década do século XX, apresentou a sua Teoria Pura do Direito, cuja pretensão, em resumo, era tornar a ciência jurídica imune a interferências de outros ramos científicos, em especial da política, da economia, da

36 É oportuno reiterar o ideal iluminista de obstaculizar a ação interpretativa do juiz, ao qual era defeso a criação do Direito, usurpando a função conferida ao legislador na rígida separação dos poderes de Estado. Nesse rumo, basta a recordação da visão estanque de Montesquieu, para o qual o Judiciário era um poder nulo, uma vez que seus julgamentos deveriam ser fixos ao ponto de jamais ultrapassarem os (pretensamente) exatos limites do direito escrito. Do contrário, havendo o império da impressão pessoal do julgador, a sociedade viveria em um ambiente de incerteza acerca dos seus compromissos (MONTESQUIEU, 1960).

37 Aos julgadores deveria ser deixado o menor espaço possível na aplicação da lei, havendo, inclusive, a vedação expressa da possibilidade de interpretação da legislação em codificações de inspiração iluminista.

38 Já antecipando a crítica a esse pensamento normativista – a ser aprofundado em momento posterior desta pesquisa –, cabe a invocação do ensinamento de Lenio Streck: “[...] como não há espaço para os princípios, as regras devem resolver todos os casos de forma subsuntiva-dedutiva. Este é o calcanhar de aquiles das posturas positivistas: face às insuficiências/limitações das regras, face aos casos difíceis, face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s), o positivismo permite que o juiz ‘faça a melhor escolha’” (2006c, p. 143).

psicologia e da sociologia, visto que o mestre de Viena vislumbrava, neste fenômeno, uma desvirtuação da doutrina do Direito.

Sob esse prisma, a purificação do Direito exigia que fosse ele dissociado de quaisquer elementos metajurídicos, excluindo da análise propriamente jurídica uma gama de problemas que demandavam um exame interdisciplinar (REALE, 1993).

Segundo Kelsen,

[...] de um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto (1997, p. 2).

Visando a alcançar essa pureza metodológica, Kelsen propunha que o cientista do Direito se abstinhasse de manejar quaisquer elementos valorativos³⁹, porquanto não seriam eles passíveis de verificação ou de fundamentação racional. Para tanto, elegeu um método específico de abordagem, que se limitava ao exame exclusivo da norma jurídica, com o fito de descrevê-la, sem apreciação ou interferência acerca de seu conteúdo⁴⁰.

39 Vê-se, pois, que Kelsen, dentro de seu propósito purista, buscou criar uma metalinguagem, colocando o “cientista jurídico” como um observador neutro e alheio a interferências externas, manejando, artificialmente, com uma cisão entre a Ciência do Direito e o próprio Direito. No entanto, também como alicerce para a crítica pós-positivista que se tentará elaborar no tópico seguinte desta pesquisa, é oportuna a lição de Castanheira Neves acerca do protagonismo e da indissociável participação do jurista aplicador/intérprete no contexto problemático do Direito, com a consequente impossibilidade de um “olhar de longe” o fenômeno no qual está, também, inserido/envolvido: *“Protagonista’ faz referência ao ego de uma conduta, enquanto actuante, e, assim, de uma conduta compreendida não como factum, mas como fieri, não como um já feito, mas como um presente fazer-se. E não pode duvidar-se que este é o campo que convém ao normativo, e no qual ele pode unicamente ser compreendido: pois sendo a sua uma intenção constitutiva, a de projectar algo (um fundamento de validade) em algo (o objeto-dado a constituir nos termos dessa validade), implica decerto um actuar, um proceder autónomo e criador – um actuar de protagonista. O normativo, enquanto normativo (não os seus precipitados objetivos), só pode compreender-se ontologicamente num ser acto (entendido o ser-acto em oposição ao ser-objeto): no acto problemático da intenção e realização axiológicas”* (1967, p. 868).

40 Nas palavras do próprio doutrinador: *“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu objeto. Procura*

Karl Larenz(1997), ao comentar a pretensão purificadora de Kelsen, refere que a garantia da pureza do método era obtida pela rejeição de qualquer mescla como elementos alheios à sua essência. Assim, era defeso ao cientista estear-se em “ciências de fatos”(v.g., a sociologia e a psicologia) ou em “proposições de fé”, tanto de cunho ético quanto religioso. Nesse sentido, não tendo o conhecimento puro uma finalidade prática, deve excluir da sua análise tudo aquilo que não se relacione com o seu objeto, permitindo que se afaste de quaisquer interesses, paixões ou ideais políticos.

Por conseguinte, Kelsen aproxima a Ciência do Direito da exatidão das ciências naturais/causais, com a conseqüente limitação do cientista a uma operação neutra e descritiva da norma jurídica, enquanto fenômeno passível de verificação racional.⁴¹

Para o efeito de imunizar o seu método de pesquisa de influências idiossincráticas, Kelsen, forçosamente, apresenta um princípio de regência da Ciência do Direito. Assim, como para as ciências naturais há o princípio da causalidade, haveria um específico para a ciência jurídica, denominado de princípio da imputação:

A imputação que se exprime no conceito de imputabilidade é a ligação de uma determinada conduta, a saber, de um ilícito, com a conseqüência do ilícito. Por isso pode dizer-se: a conseqüência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como causa. É evidente que a ciência jurídica não visa uma explicação causal dos fenômenos jurídicos: ilícito e conseqüências do ilícito. Nas proposições jurídicas pelas quais ela descreve estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade mas um princípio que - como mostra esta análise - se pode designar por imputação (KELSEN, 1997, p. 91).

responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”(KELSEN, 2000, p. 1).

41 Nesse norte, Norberto Bobbio assevera: “[...] o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua ‘avaliatividade’, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste apenas em juízos de fato” (2006, p. 135).

Portanto, Kelsen sobreleva a importância da forma e despreza o conteúdo. A sua preocupação é manifestamente de cunho teórico⁴², procedendo a um verdadeiro banimento do mundo prático.

Adentrando na lógica operativa da tese purista kelseniana, o Direito constituiria um sistema ordenado de normas coercitivas, ostentando unidade interna, visto que essas normas eram decorrentes de uma idêntica e singular fonte: a norma hipotética⁴³ fundamental. Assim, seguindo esta premissa, haveria uma hierarquização das normas, dentro da qual cada norma obtém sua validade da norma que lhe é imediatamente superior, de modo sucessivo até alcançar a referida norma fundamental.

A validade da norma, pois, prescinde, por completo, da análise de seu conteúdo, restando defeso ao cientista o emprego de parâmetros valorativos, tais como a justiça, já que, para Kelsen, não haveria como se verificar, racionalmente, o que seria o justo. Em outros termos, o fundamento de validade de uma norma, na teoria de Kelsen(1997), vincula-se à validade de uma outra norma de maior graduação. Com isso, uma vez observada esta técnica, todo e qualquer conteúdo pode ser considerado Direito.

No entanto, a fim de evitar uma remissão infinita(tautológica) aos

42 Esta passagem de sua Teoria Pura do Direito demonstra, estreme de dúvida, o intento kelseniano de artificializar o estudo do Direito: *“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”*(1997, p. 11).

43 Embora Kelsen tenha buscado fundar sua teoria em alicerces objetivos e absolutos, acabou por admitir, em sua “Teoria Geral das Normas”(obra póstuma), que a vinculação da norma fundamental a um juízo hipotético redundaria, ao fim e ao cabo, na sua vinculação a um ato de vontade do cientista jurídico, extrapolando a sua função meramente descritiva do fenômeno. Como tentativa de remendo dessa incoerência, Kelsen reformulou a natureza da norma fundamental, que passou de hipotética para fictícia. No entanto, ainda que alterada a noção da norma fundamental(de um ato de vontade para um ato de pensamento), manteve-se a relativização da pretendida objetividade do Direito, permitindo espaço para a intervenção subjetiva(GOMES, 2004).

fundamentos de validade, Kelsen viu-se forçado a apresentar uma interrupção arbitrária no seu critério hierárquico. Por isso, necessária foi a previsão de uma norma que consistiria no fundamento último, permitindo o fechamento teórico do sistema. E esse fundamento não era posto, mas pressuposto:

[...] a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser 'pressuposta', visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental(*Grundnorm*). (KELSEN, 1997, p. 217).

Evidente, portanto, que essa atitude epistemológica, descompromissada de qualquer validação do direito por critérios de conteúdo, enseja a noção de que a ordem jurídica extrai a sua própria validade(auto-valida-se) a partir de suas prescrições internas, decorrentes da vontade do legislador(já que o Direito se confunde com a lei), dentro de um Estado de Legalidade.

Em momento posterior, já nos anos sessenta, Herbert Hart trilha, também, o caminho do positivismo jurídico, ainda que de forma mais moderada⁴⁴.

Segundo Hart, o Direito é composto de normas, que se distinguem em primárias e secundárias:

Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações(2005, p. 91).

44 Adjetivação dada por seu declarado opositor: Ronald Dworkin(2003).

Em resumo, as regras primárias destinam-se a regular as ações dos indivíduos e da coletividade, enquanto as regras secundárias seriam regras sobre regras(geradoras, transformadoras ou extintoras de regras primárias).

Para Hart, no entanto, existe uma inafastável indeterminação ou incompletude do direito, que decorre da própria linguagem⁴⁵ contida nessas regras (diferentemente da posição de Kelsen⁴⁶). Para ele, é inegável a existência de decisões que exteriorizam preconceitos e ideologias carregadas por seus prolores.

No entanto, refere ele que, na maioria dos casos concretos postos à decisão do juiz, não lhe é exigida uma atividade intelectual mais lucubrada, existindo uma gama de situações repetitivas cujo desate é feito pelo método subsuntivo/silogístico. Assim, Hart admite que o formalismo/positivismo seria suficiente como resposta na maior parte dos casos identificados como casos simples(*easy-cases*). Já naqueles casos não-repetidos e nos quais a lei fosse omissa ou dúbia(os casos difíceis – *hard cases*), a atividade interpretativa do julgador ingressaria em uma zona de penumbra na qual restaria permitida a discricionariedade consistente na escolha entre múltiplas possibilidades apresentadas pela textura aberta da norma.

Com estribo nessa separação dos casos(pelo grau de dificuldade interpretativa), Hart critica a atitude rígida dos formalistas(que se olvidam dessa textura aberta, a ser complementada no ato decisório envolvendo casos difíceis), bem como rechaça a posição cética dos realistas de negação da posição central que

45 Cabe, aqui, citar o exemplo do próprio doutrinador britânico(2005, p. 139): *“Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis(Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não(A expressão 'veículo' usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?).”*

46 Para quem – como já visto – ela deflui da circunstância de que, em toda norma jurídica, existe um espaço no qual o intérprete autêntico(o juiz) poderá se mover com liberdade. Exemplificativamente, no caso limite descrito no final do capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, o mestre de viena aceita, inclusive, decisões que ultrapassem as balizas postas pela moldura semântica da norma. E, aqui, não há incoerência com suas proposições científicas; ao revés, é tão-somente exemplo da intencionalidade unicamente teórica de sua doutrina, que, conscientemente, defenestra toda e qualquer dimensão prática, que deve ser apreciada pela política e pela moral(OLIVEIRA, 2008).

as normas ostentam no ordenamento jurídico⁴⁷.

Hart, a exemplo de Kelsen, apresenta um critério para a identificação e o fechamento do sistema jurídico, por meio de uma norma que serviria de fundamento último de todas as demais que, para a sua teoria, é a “regra de reconhecimento”. Contudo, Hart não se funda em um juízo hipotético, uma vez que vincula sua regra fundamental ao plano da existência, consistindo em “[...] *uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto*”(2005, p. 121).

Nesse passo, seguindo a tese de Hart(2005), há uma regra de reconhecimento atrelada a cada sistema jurídico, com conteúdo variável mas empiricamente verificável, podendo estar associada, v.g., a textos sagrados, a positizações estatais ou a práticas costumeiras. Assim, uma vez encontrada essa regra fundamental, o teste de validade das demais passaria, necessariamente, pela

47 O realismo jurídico surgiu como reação crítica àquele normativismo extremado e crente, ingenuamente, na absoluta limitação da atuação judicial(neutra e mecânica). O movimento realista teve em seus expoentes doutrinadores norte-americanos(John Chipmann Gray, Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Oliver Wendel Holmes, este último Juiz da Suprema Corte Norte-Americana) e, também, europeus, mais especialmente escandinavos(dentre eles, Kalr Olivecrona e Alf Ross). Em linhas gerais(já que mais de uma são as tendências ou nuances do realismo), para os realistas o direito é um fato social. Assim, seria inviável o estudo dogmático do direito como mera ordenação e articulação hierarquizada de normas. Com base nesta premissa, os realistas refutam a possibilidade da análise concomitante do direito enquanto fenômeno social e fenômeno jurídico, uma vez que seria artificial e não-verificável na prática o método axiomático-dedutivo defendido pelos normativistas. Em resumo, para o realismo, o Direito pertence ao mundo do ser, não havendo espaço para especulações de cunho normativo. Assim, o ato decisório restaria afastado do método formal e subsuntivo, redundando em um momento de escolha pessoal do julgador dentre várias alternativas postas no caso concreto. Sob este marco, o realismo afasta-se das justificações metafísicas e de seus dualismos, afirmando que o Direito é apenas um, ou seja, aquele declarado nos pretórios. À guisa de exemplo, Jerome Frank, via na personalidade do juiz um fator decisivo na obtenção da sentença, afirmando que a certeza do Direito era meramente uma retórica positivista. Para ele, os aspectos políticos, sociais e econômicos que envolvem as decisões judiciais possuem importância secundária, uma vez que, ao final, o que irá preponderar são os preconceitos e as idiosincrasias de cada indivíduo/juiz(BOBBIO, 2006). Assim, trilhando um caminho que se socorre de noções, inclusive, psicanalíticas, Frank rechaça a crença de que se vive em uma sociedade governada pelas leis. Contudo, se há um confronto claro do realismo com o juspositivismo, ambos acabam constituindo as duas faces da mesma moeda no que se refere ao afastamento da dimensão conteudística do Direito. Na verdade, se, de um lado, o positivismo preocupa-se com a validade do Direito(sem exame do seu conteúdo), de outro lado, ao realismo interessa a eficácia do Direito, mas, também, sem pretensões de discutir o que está contido no seu invólucro. Normatividade *versus* faticidade resume a distinção entre positivistas e realistas, mas o resultado prático da adoção dessas correntes é o mesmo: a admissão fatalista de que ao juiz, idiosincriticamente, caberá criar o direito, em um ambiente da mais absoluta discricionariedade.

sua conformidade com a respectiva regra de reconhecimento.

Cumpra salientar que as teses claramente positivistas/normativistas de Kelsen e Hart não devem ser confundidas com o formalismo do século XIX (para o qual a lei era infensa a interpretações na prática judicativa). Há um evidente aprimoramento teórico, na medida em que ambos os doutrinadores, conquanto defendam o fechamento do sistema do Direito pela concatenação unicamente de normas (mais precisamente regras⁴⁸, como no próximo item será detalhado), admitem espaço para a atuação do juiz/intérprete.

Entretanto, Kelsen relega para a política o fenômeno da interpretação criativa do julgador⁴⁹, assim como é, também, tema da política a elaboração das leis. Da mesma forma, Hart aceita a delegação ao juiz do poder de legislar, concretamente, nos casos difíceis.

2.3 As correntes pós-positivistas. O papel e o local dos princípios no atual estágio do debate

O pensamento jurídico pós-positivista está inserido no contexto da crise da pós-modernidade.

Aliás, nesta denominada fase pós-moderna, convive-se com um período de múltiplas crises, que encontram sua causa-reitora na falência ou, ao menos, na insuficiência das respostas apresentadas pela racionalidade tão invocada pelos

48 Nesse norte, Lenio Streck (2006c) assevera que, para o positivismo normativista de Kelsen, não há espaços para os princípios jurídicos e, assim, não há espaço para o caso concreto. No mesmo passo, Hart, com seu positivismo mitigado/moderado (adjetivação feita – como já visto – por seu mais célebre oponente), ao tratar sobre os problemas da linguagem e a textura aberta vinculada aos *hard-cases*, não abre qualquer brecha para a entrada dos princípios no sistema do direito, preferindo ou resignando-se com o poder discricional do juiz nas “zonas de penumbra”.

49 E, ao recusar-se a enfrentar o problema das práticas jurídicas e da indeterminação do Direito – que já ao seu tempo era percebida –, Kelsen apresenta um certo fatalismo deixando o problema da discricionariedade judicial para a esfera da política. Assim, Streck (2006c) afirma que Kelsen também rendeu-se a uma postura fatalista, visto que, esteado em sua doutrina, o aplicador/intérprete solipsista não seria alvo de controle. Nessa esteira, Kelsen elaborou uma teoria que constitui uma metalinguagem, na qual a linguagem é objetificada, com a conseqüente desvalorização do ato interpretativo (a cargo do sujeito), que seria inexorável e regido, de modo decisionista, pelo julgador.

modernos.

A noção de um mundo pré-concebido aos indivíduos, que deveria tão-somente ser assimilado, num enfoque representacional, tem sofrido duros revezes pela vertiginosa precipitação dos fatos, havendo um crescente aumento da complexidade prática que não se conforma com os parâmetros limitados (e limitantes) do modelo racionalista.

Ora, o Direito, enquanto componente desta realidade, não poderia deixar de ser atingido, também, pelo estado global de perplexidade. Como consequência disso, o Direito depara-se, nos dias atuais, com uma séria crise de identidade, em que a sua própria autonomia é posta em xeque, já que ainda vinculada a um modelo causal que não serve para justificá-lo em seu aspecto prático-problemático.

Dentro desse delicado contexto é que, nas últimas décadas, surgem teorias jusfilosóficas cujo propósito (real ou, às vezes, aparente) é de superar os limites daquelas correntes comprometidas com o paradigma moderno-racionalista, que eram (são) preocupadas com a manutenção do *status quo*, ou seja, com a mera reprodução do Direito, sob um viés atemporal e desinteressado do mundo prático.

Cabe sublinhar, neste ponto, que o estudo do positivismo/normativismo não possui valor meramente histórico, uma vez que, em maior ou menor medida, esta corrente do pensamento jurídico ainda prepondera nos ordenamentos jurídicos, em especial naqueles consubstanciados em codificações (*civil law*), como é o caso brasileiro⁵⁰.

Assim, é de rigor a rápida análise do estágio atual do debate, realçando aquelas teorias pós-positivistas, em relação às quais – no que mais nos interessa nesta pesquisa – um dos significativos marcos diferenciais é a aceitação dos

50 A fim de melhor contextualizar o debate (e sobre ele manter um olhar crítico) é de rigor esclarecer que o emprego do termo regra provém da expressão da língua inglesa *rule*, que, para o direito anglo-saxão (tradição da *common law*), aproxima-se da noção continental de norma. Por conseguinte, como bem adverte Oliveira, a classificação realizada por Dworkin – a seguir analisada –, na qual se situam os princípios e as regras (enquanto espécies do gênero norma), é passível de ser problematizada. “*Afinal, se o termo regra guarda alguma relação com a distinção que os anglo-saxões efetuam entre rules e principles, não deveríamos, entre nós, procurar iluminar a questão a partir de uma possível diferença entre norma e princípios? Não estaríamos como que 'contando um mito' ao afirmar, abstrata e estruturalmente, a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma?*” (2008, p. 29).

princípios como normas internas⁵¹ ao sistema do Direito.

Consoante Nedel(2006), a aplicação concreta do Direito apresenta um contorno eminentemente problemático, ao contrário do pensamento da moderna racionalidade sistemática, que procurava impor, segundo sua lógica metódica, uma resolução dedutiva das questões jurídicas, sob o marco do monismo normativista.

Portanto, a prática do Direito(em especial a judicativa), suscetível à crescente complexidade das relações sociais(que saem da aldeia e percorrem o globo), encarregou-se de escancarar a insuficiência do positivismo, demonstrando que o pensamento jurídico não pode se satisfazer tão-somente com o exame teórico-sistêmico do Direito, mas, sim, deve debruçar-se no estudo prático-problemático da temática jurídica.

Na esteira do magistério de Castanheira Neves,

[...]também para o direito, ou particularmente para o direito como entidade prática, a 'essência' não comprova nem garante a 'existência': o direito não o é(não é direito) sem um particular modo de 'existência', sem um específico modo-de-ser. Para que o direito possa reconhecer-se como tal não basta a sua intencionalidade normativa, há que revelar-se determinante dimensão da praxis – desde logo em termos de vinculante validade para a acção ou inter-acção. Que tanto é dizer que o direito não pode ser tão-só intencionalmente prático, terá de ser efectivamente prático. Não temos direito apenas porque pensamos a essência jurídica ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica – teremos assim tão-só pensado a juridicidade ou quando muito construído uma possibilidade jurídica e nada mais. Para que tenhamos direito importa ainda que a normativa juridicidade, além da sua característica intencionalidade ou de uma específica possibilidade, se possa reconhecer histórico-socialmente vinculante e, portanto, dimensão determinante da prática social – só a determinação e vinculação práticas transformam a juridicidade em direito. Nesse sentido é, pois, exacto dizer-se que “a possibilidade é uma característica irrenunciável do direito”(2003, p. 25-26).

O problema jurídico, sob o viés pós-positivista(ou seja, superador do positivismo), não pode prescindir, pois, da historicidade prática do Direito.

Sob essa base, Castanheira Neves representa uma corrente jurisprudencialista do atual pensamento jurídico⁵², para a qual o Direito demanda ser

51 Assim, o aplicador/intérprete não careceria de resgatar os princípios fora da ordem jurídica, uma vez que já estariam eles contidos na noção prático-problemática do Direito.

52 Cumpre gizar o contributo do Jurisprudencialismo ao pensamento crítico atinente ao fundamento

pensado na sua juridicidade, descabendo a transposição de seu problemático estudo a esquemas atinentes a outros domínios, pela analogia à categoria científica de sistema⁵³. “A autonomia do direito tem, pois, de ser pensada normativo-juridicamente e não de outro modo”(2003, p. 58).

Resgata-se, assim, a realidade que havia sido afastada do Direito, visto sob a perspectiva positivista, deixando de ser pensado como algo metafisicamente pré-dado.

Na mesma trilha de superação do positivismo, Lenio Streck, em sua Nova Crítica do Direito e sob o enfoque da hermenêutica da faticidade, busca

[...] recolocar a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto não da simples dicotomia texto e norma, mas, sim, a partir da filosófica diferença – que é ontológica – entre texto e sentido do texto(norma), abrindo espaço para a construção de respostas adequadas hermeneuticamente à Constituição, resgatando a perspectiva de verdades conteudísticas, que possam resgatar o mundo prático sequestrado pelo ficcionismo positivista⁵⁴(2006c, p. 10).

do Direito, mormente na superação da visão da juridicidade a partir de um ponto eminentemente teórico, como o faz o positivismo, marcado por uma intenção precipuamente racional e desinteressada daquela intenção prática do Direito. Nesse senda, o Jurisprudencialismo direciona o Direito para o decidir concreto, afirmando um pensamento problemático e comprometido com a historicidade. Esta corrente, nos contornos bem explicitados por Castanheira Neves(1993), busca a intimidade do Direito com o mundo prático(o mundo do ser), mas sem descurar de uma visão crítica que permita não cair numa neutralidade que o aproximaria do realismo jurídico. Em suma, o Jurisprudencialismo caracteriza-se, assim como outras correntes pós-positivistas, pela negação daquela visão reducionista do Direito como portador de um sentido pré-dado, rumando para um saudável viés problemático. Assim alicerçada, esta corrente jurisprudencial do pensamento pós-positivista direciona o seu interesse central para a reflexão do fenômeno da decisão judicial em sua intencionalidade, buscando o estudo crítico de seu conteúdo e não se comprometendo com qualquer método prévio de apreensão do Direito.

53 Nesse passo, o citado jurista português tece crítica, também, à “neutralidade”(impessoalidade) científica das correntes funcionalistas do Direito, referindo que “[...]se o sistema apenas como sistema se pretende sustentar, na sua mera contrafactualidade e estabilidade, os seus destinatários serão vistos numa mera fungibilidade funcional, a desempenhar tão-só papéis pessoalmente indiferentes – tenham-se presentes, neste sentido, e como exemplo, as consequências apontadas de um direito penal sistêmico quanto ao problema da culpa, que deixa virtualmente de ter sentido – então o direito deixa de ter a ver com as pessoas, a convocar e a responsabilizar(responsabilidade implicada na própria dignidade da pessoa) e em referência a uma validade axiológico normativa em que um projecto da humanidade do homem se assume, para operar unicamente com esses ‘papéis’ sociais definidos e solicitados pela sua só operacionalidade técnico-funcional”(NEVES, 2003, p. 57).

54 Streck(2006c) alicerça sua crítica superadora do positivismo, revelando, na problematização do fenômeno jurídico, uma nova teoria das fontes(sob o marco do neoconstitucionalismo); uma nova teoria da norma(ligada à prática jurídica, não se resumindo ao plano semântico); e uma nova teoria da interpretação, que busca enfrentar o problema da indeterminação do Direito a partir de uma perspectiva hermenêutica.

Portanto, tendo por esteio esse necessário contato do Direito com a práxis(afastando quaisquer artificialismos teóricos), é forçoso o enfrentamento do problema da sua indeterminabilidade, que está umbilicalmente vinculada ao manejo dos princípios pelo aplicador/intérprete.

E, aqui, não há como se fugir de uma análise um pouco mais detida sobre o conceito de princípio jurídico, já que, como se procurará demonstrar, esta não é uma noção tranquila ou consensual na doutrina do Direito, mostrando-se oportuna a menção aos diferentes usos deste conceito e suas repercussões teóricas e práticas.

A título de apertada síntese histórica, os princípios foram(são) assim considerados pelas doutrinas do Direito: a) para o jusnaturalismo, ocupavam uma esfera eminentemente abstrata, resultando em uma normatividade nula ou, no mínimo, duvidosa; b) para o juspositivismo, a aplicação dos princípios era restrita a uma exigência de fechamento das lacunas do sistema(a exemplo dos princípios gerais de direito, previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei nº 4657/1942⁵⁵); c) sob o marco do pensamento pós-positivista, os princípios, enquanto componentes internos do Direito, ostentam caráter normativo e constituem o ponto de contato do Direito com as questões valorativas/conteudísticas do ordenamento jurídico, ganhando assento, por excelência, nos textos constitucionais e nos tratados internacionais(BONAVIDES, 2000).

Nesse aspecto, é precioso o recente trabalho de pesquisa de Oliveira(2008), que detalha o conceito de princípio, dividindo-o em três categorias, conforme a função dada a ele na evolução do pensamento jurídico⁵⁶: a) princípio gerais do

55 “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

56 Segundo o citado autor, “há uma falta de clareza conceitual quando se fala de princípio. Seu uso doutrinário e dogmático parece ignorar a multiplicidade de significados com que, no direito, os princípios podem ser utilizados. Há autores que não esclarecem com qual conceito de princípio operam: se com os princípios no sentido dos princípios gerais do direito ou se procuram pensá-los em seu significado pragmático-problemático. Outros não especificam se empregam o termo princípio intencionando significar uma espécie de princípio geral do direito ou se falam simplesmente em princípios epistemológicos. Este último caso é muito comum no âmbito do direito processual, no interior do qual não se esclarece suficientemente qual o caráter pragmático dos chamados 'princípios do processo'”(OLIVEIRA, 2008, p. 29).

direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmático-problemáticos.

Os denominados princípios gerais do direito, sob o prisma normativista, são empregados como normas corretivas do sistema, visando à sua artificial completude, estando previstas nas codificações/positivações do Direito, como já exemplificado, no caso brasileiro, na Lei de Introdução ao Código Civil.

A aplicação desses princípios era feita dedutivamente (como axiomas de justiça), preenchendo as inevitáveis (mas racionalmente indesejadas) lacunas legais e reduzindo eventuais contradições internas, já que o conflito de normas seria sempre aparente face à presumida correção do sistema codificado. Com isso, o manejo dos princípios gerais restava apartado da realidade fática e vinculava-se à identidade entre Direito e lei, já que todos os recursos para a solução das lacunas ou incorreções eram endógenos, inclusive no fundamento de princípios.

No que se refere aos princípios jurídico-epistemológicos, guardam simetria com aqueles princípios informadores do estudo de dado ramo especial do Direito, que servem para emprestar-lhe certa autonomia, a exemplo do que ocorre, em profusão, no direito processual, em que diversos são os princípios apresentados pela doutrina específica (v.g., princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da identidade física do juiz, da instrumentalidade, dentre outros).

Embora portadoras de finalidades distintas, essas duas noções de princípio (gerais de direito e jurídico-epistemológicos) possuem um traço comum: são pré-dados, ou seja, conhecidos antecipadamente e colocados à disposição do aplicador/intérprete⁵⁷ pelo modo axiomático-dedutivo.

Por fim, a terceira categoria conceitual vincula-se à noção (que se busca analisar nesta dissertação) superadora do positivismo.

57 Sempre que, nesta dissertação, faz-se menção aos atos de aplicação e de interpretação do Direito há uma intencional agregação (aplicador/intérprete, aplicação/interpretação), que se esteia na ideia de que se cuidam de atividades indissociáveis, ou seja, quando se aplica o Direito, também se interpreta o Direito, sem qualquer distinção lógica ou cronológica de etapas. Portanto, qualquer cisão, para efeitos teóricos, restaria artificial e apartada da realidade do Direito. Dentro deste enfoque, Eros Grau, ao tratar do papel do juiz, como “intérprete autêntico” do Direito, ensina que “[...] Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado (Gadamer 1991/397). Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação (Marí 1991/236). Interpretação e aplicação se superpõem[...]” (2005, p. 208).

Cabe ressaltar que o manejo dos princípios pragmático-problemáticos exsurge, historicamente, como solução prático-judicativa que norteou a intervenção do Tribunal Constitucional Alemão, que se deparava, à época, com a necessidade de concretizar uma nova Constituição em contraste com inúmeras situações pretéritas que haviam sido legitimadas sob a égide da legislação de inspiração nazista. Nesse ponto, a chamada jurisprudência dos valores, esteada na invocação prática de princípios superadores das leis do nazismo, serviu como suporte para o rompimento com o antigo e antijurídico regime.⁵⁸

Portanto, visando a evitar confusões conceituais, cabe sublinhar que o debate acerca dos princípios jurídicos – sob o marco do pós-positivismo –, que se pretende firmar, nesta pesquisa, como base para o aprofundamento da análise da sua atual aplicação judicial, está vinculado a esta terceira categoria: princípios pragmático-problemáticos.

Pacificada a ideia de que os princípios compõem o Direito em seu aspecto prático e estão inseridos na discussão acerca dos limites da atividade do intérprete/aplicador, é de rigor o exame da doutrina de Robert Alexy(2005), que se funda, precisamente, na análise da referida atuação paradigmática da Corte Constitucional Alemã no pós-nazismo.

Alexy preocupava-se, claramente, com o excesso discricional dos julgadores alemães e, como antídoto a abusos hermenêuticos, formulou a sua teoria estribada,

58 Consoante o resgate histórico formulado por Oliveira, “[...] os debates teóricos e os problemas jurídicos passam a reivindicar o estatuto da prática e a atividade jurisdicional assume um lugar proeminente nesta questão. Esta questão aparece com nitidez nos movimentos que levaram à consolidação da chamada jurisprudência dos valores que surge na Alemanha em virtude da atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão nos anos que sucederam a promulgação da Lei Fundamental (outorgada pelos aliados). Por certo, os argumentos axiológicos do Tribunal representavam a estratégia de legitimação da Lei Fundamental perante a sociedade alemã. Ao mesmo tempo, era preciso afirmar, num contexto internacional mais amplo, o total rompimento com o modelo jurídico-político vigente ao tempo do nazismo[...]. Em inúmeras ocasiões o Tribunal Constitucional teve que se pronunciar sobre conflitos envolvendo casos concretos ocorridos ainda sob a égide do direito nazista. Pela tradição, este é um típico caso resolvido pela aplicação do adágio latino *tempus regit actum*. Contudo, isso significaria dar vigência às leis nazistas em pleno restabelecimento da democracia e fundação de um novo Estado.[...] Desse modo, para legitimar suas decisões e, ao mesmo tempo, não reafirmar as leis nazistas, o Tribunal passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos-materiais, que remetiam para fatores extra-legalmente de justificação da fundamentação de suas decisões.[...] Assim é que começam a aparecer, nas decisões do Tribunal, argumentos que remetiam a ‘clausulas gerais’, ‘enunciados abertos’ e, obviamente, ‘princípios’”(2008, p. 60).

sobretudo, na distinção⁵⁹ entre regras e princípios.

Nesse sentido, para ele

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas(1999, p. 74).

Em contrapartida, no que se refere às regras, o citado jurista aduz:

As regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, mandamentos definitivos(1999, p. 74-5).

Com supedâneo nessa distinção funcional, o predito autor, a exemplo de Karl Larenz⁶⁰ e sob a ótica dos direitos fundamentais⁶¹, observa que a colisão entre

59 Quanto aos critérios de diferenciação, vários são aqueles arrolados pelos doutrinadores, conquanto a maioria seja alvo de críticas. Berberi(2003) resume os quatro critérios frequentemente utilizados para esta distinção. O primeiro seria o da abstração ou generalidade, possuindo os princípios grau elevado de abstração, enquanto as regras apresentariam menor abstração. Reconhece-se certa utilidade em tal critério distintivo; no entanto, partindo-se da premissa de que todas as normas apresentam a característica da abstração, haverá hipóteses em que a diferença entre regras e princípios – que apresentem um grau “médio” de abstração – estará em uma zona gris, na qual a definição da categoria normativa se tornará um labor difícil, para não dizer artificial. O segundo critério seria o normogenético, explicitado por Canotilho na seguinte sentença: “[...] os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundante”(1993, p. 167). A crítica a este critério esteia-se na constatação de que a definição dos princípios deve ser feita em momento anterior, para, então, atribuir-lhe tal função básica. Para o terceiro critério importaria a densidade axiológica, maior nos princípios do que nas regras, evidenciando-se o mesmo problema identificado no critério da abstração, ou seja, ambas as categorias possuem certa carga axiológica, retornando-se à possibilidade da presença de uma zona cinzenta. O quarto critério seria o da densidade normativa, estabelecido a partir das funções específicas destinadas a regras e princípios em um ordenamento jurídico, com repercussões distintas nos planos de validade e vigência dessas categorias normativas nos casos de conflito.

60 Para quem os princípios são pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, constituindo, pois, um primeiro passo para a obtenção da regra, determinando os passos seguintes(LARENZ,1993, p. 34).

61 É com suporte nessa distinção entre regras e princípios que Alexy elabora a noção de *ponderação* como característica da aplicação destes últimos, que serve de critério reitor para a formulação de sua conhecida teoria dos direitos fundamentais.

dois princípios deve ser resolvida pelo aplicador/intérprete por um método de ponderação adstrito ao caso concreto (relação de precedência condicionada), sem necessidade de alteração do sistema.

Quanto às regras, aplicadas de forma subsuntiva, no chamado “tudo-ou-nada”, a colisão obrigaria à declaração de invalidade de uma das regras aplicáveis, em tese, ao caso concreto, com a sua conseqüente exclusão definitiva do ordenamento jurídico, ou exigiria a criação de exceções ilimitadas, gerando um casuismo absolutamente inconveniente⁶².

Nesse rumo, Alexy embrenha-se na sua teoria da argumentação, cujo desiderato é construir um método para o uso da ponderação – para o efeito de aprimorá-la –, tendente a impor limites à discricionariedade interpretativa nos casos difíceis⁶³, ou seja, em que presente uma indeterminação do Direito no momento de sua realização prático-judicativa.

Vê-se, por conseguinte, que a teoria de Alexy tem o mérito de buscar o resgate do mundo prático. No entanto, a sua proposta argumentativa acaba por reproduzir os equívocos positivistas ao buscar a formulação de um método⁶⁴ –

62 Além da recorrente distinção doutrinária atinente às modalidades de resolução de conflitos dentro de cada categoria normativa (conflito entre regras e conflito entre princípios), não se pode olvidar dos modelos de solução para as hipóteses em que a colisão ocorra entre um princípio e uma regra. Nesses casos, pode-se afirmar que a corrente doutrinária predominante é aquela que vislumbra, já no plano teórico, a prevalência do princípio sobre a regra, por um critério de ordem hierárquica. Nesse toar é a posição de Juarez Freitas (2004), que professa a preponderância dos princípios, empregando um critério de “hierarquização axiológica”, com o escalonamento das normas jurídicas, situando os princípios na base e no ápice do sistema jurídico.

63 Como bem adverte Oliveira, “[...] é muito importante salientar que, de uma maneira muito similar a Hart, não serão em todos os casos que Alexy admitirá a indeterminação do direito e, portanto, a necessidade da prática discursiva. Nos casos em que temos a aplicação de regras, a partir de uma justificação interna do próprio sistema jurídico, o autor permanece fiel à tradição afirmando que a solução se dá por meio do silogismo jurídico através do mecanismo da subsunção” (2008, p. 184).

64 Humberto Ávila (2004), em obra específica sobre essa temática, buscou apresentar proposta diversa de conceituação e de distinção das categorias normativas, também sob o marco das teorias argumentativas de pretensão metódica. O predito autor faz menção a critérios usualmente empregados na doutrina jurídica para realizar a distinção entre regras e princípios, para, ao fim e ao cabo, criticá-los. O primeiro critério seria o do caráter hipotético-condicional, estando as regras esquematizadas em uma hipótese e uma conseqüência, ao passo que os princípios apenas indicariam o fundamento a ser utilizado para encontrar a regra para o caso concreto (posição de Karl Larenz). O segundo critério diz respeito ao modo final de aplicação, sendo as regras aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada), e os princípios, de forma gradual (mais ou menos). O terceiro seria o critério do relacionamento normativo, pelo qual o conflito entre regras é real e fatal para uma delas, enquanto a antinomia de princípios é apenas aparente. Por fim, o quarto

matemático(pré-sabido) – que ensejaria o controle da ação do intérprete⁶⁵.

Em suma, sua teoria apresenta a crença na existência de uma receita prévia e disponível ao aplicador/intérprete do Direito e, assim, permanece fiel ao pensamento racionalista moderno que serviu de sustentáculo para o juspositivismo.

Ronald Dworkin, por sua vez, apresenta em sua obra – inspirada na superação do positivismo/normativismo – uma distinção entre regras e princípios⁶⁶ que possui pontos de contato com a tese de Alexy, mas com ela não se confunde.

É certo que Dworkin(2003) refere-se à “dimensão de peso” como elemento a ser sopesado em eventual conflito prático entre princípios, afirmando a possibilidade

critério distintivo seria o do fundamento axiológico, identificador dos princípios como fundamentos axiológicos para a tomada da decisão em dado caso concreto. As críticas postas por Ávila convergem, na essência, à constatação de que, na aplicação das normas jurídicas, há exemplos em que os critérios acima arrolados são desconstituídos ou fortemente debilitados. Nesse rumo, o citado autor descreve e comenta precedentes do Supremo Tribunal Federal do Brasil, nos quais os métodos da ponderação, da subsunção e os conflitos reais ou aparentes evidenciam-se em ambas as categorias normativas. Assim, enfraquecida, na visão de Ávila, a pertinência dos critérios distintivos usualmente empregados pela doutrina atual, apresenta ele, então, uma proposta de conceituação/diferenciação atinente a regras e princípios jurídicos, partindo dos seguintes marcos diferenciais: a) as regras instituem o dever de adotar o comportamento descrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para a obtenção de um fim; b) as regras são imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, e os princípios são imediatamente finalísticos e mediatamente são normas de conduta; c) as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes, com pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada da decisão, e os princípios são primariamente complementares e preliminarmente parciais, no sentido de que abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para a decisão e não pretendem gerar uma solução específica, mas, sim, somar-se às demais razões que sustentarão a decisão. Assim, o mencionado autor sintetiza os conceitos: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.” Já os princípios “[...] são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”(2004, p. 70).

65 Todavia, esse controle é mera aparência. Nesse norte, Rafael Tomaz de Oliveira lança as seguintes perguntas sem resposta: “Quem elege os princípios conflitos para que seja realizada a ponderação? Por que são sempre apenas dois os princípios em conflito? Qual a diferença entre princípio e valor? Por que o juízo de ponderação é sempre um juízo de valoração, mas isso não implica dizer que o conteúdo dos princípios sejam propriamente valores?(2008, p. 210).

66 Cabe sublinhar, de antemão, que Dworkin – fiel ao seu contexto – construiu uma teoria sob o marco da *common-law*, em cujo âmbito o julgador não costuma enfrentar questões teóricas(antecipadas) acerca das fontes do Direito e sobre o seu método de aplicação/interpretação, havendo a preponderante preocupação com o aspecto prático-judicativo do fenômeno jurídico que esteja a exigir uma solução concreta. Por isso, a noção de princípios manejada por Dworkin, sob os contornos do direito anglo-saxão, não guarda nenhuma vinculação com aquela ideia de “princípios gerais do Direito” utilizada pelo sistema codificado(*civil law*) para o único efeito de fechar o ordenamento jurídico no plano teórico.

de permanência concomitante no ordenamento jurídico, na medida em que a prevalência ou não de determinado princípio em um caso concreto não prejudica/vincula a sua invocação decisiva em outra realidade fática posta à análise do aplicador/intérprete. No mesmo toar, o “tudo-ou-nada” caracterizador das regras, no momento de conflitos, foi referido por Dworkin antes mesmo que Alexy⁶⁷.

Entretanto, o mencionado jurista norte-americano afasta-se das teorias racionalistas da argumentação pela ausência de pretensão de encontrar um método lógico de aplicação/interpretação do sistema jurídico. *“Para Dworkin, a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria prática interpretativa e não num sistema lógico previamente delimitado, sendo, portanto, o conceito de norma remetido a um nível pragmático – e não meramente semântico como que Alexy”*(OLIVEIRA, 2008, p. 200).

Dworkin identifica uma diferença lógica entre regra e princípio⁶⁸ e não uma

67 Consoante Dworkin, *“[...] Ambos os conjuntos de pautas [standards] apontam a determinadas decisões sobre a obrigação jurídica em circunstâncias determinadas, mas uns e outros diferem no caráter da orientação que fornecem. As regras são aplicadas sob a forma do tudo ou nada. Se ocorrem os fatos que estipula uma regra, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou então ela não é, em cujo caso não contribui em nada à decisão.[...] Mas não é desta maneira que operam os princípios. [...] Nem sequer aqueles que mais se parecem com as regras estabelecem consequências jurídicas que decorrem automaticamente quando as condições previstas estiverem satisfeitas. [...] Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm: a dimensão de peso ou importância. Quando há uma tensão entre princípios aquele que deve resolver o conflito deve ter em conta o peso relativo de cada um”*(2002, p. 75-77).

68 Sob o marco da hermenêutica filosófica, Streck – ao prefaciar a obra de Nedel – critica a distinção feita pelas teorias argumentativas entre regras e princípios. Afirma ele que, na origem da diferença entre essas categorias normativas, encontra-se uma recorrente questão, no sentido de que, no tocante às regras, realiza-se uma justificação de subsunção, que implica uma relação de dependência/subjugação/objetificação. Por outro lado, tratando-se da invocação de um princípio, a operação não se esteia mais em dados objetificáveis, já que, diferentemente das regras, deixa-se de efetuar comparações no mesmo nível de elementos (numa relação de causa e efeito entre estes elementos), mas, sim, *“[...] o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo”*(2006, p. 7). Com esteio nesta evidência, o citado autor assevera que a regra se situa em um campo ôntico (causal-explicativo), enquanto os princípios estão em um plano do acontecer de caráter ontológico (não-clássico). Daí decorreria a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: *“[...] antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples, ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetificação. Havendo, entretanto 'insuficiência' (sic) da objetificação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. Só que está encoberto. A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio*

distinção relativa a grau de generalidade ou abstração, afastando-se de esquemas prévios que, ao final, delegam ao aplicador do método a mesma discricionariedade positivista. Aliás, como se verá a seguir, o referido jusfilósofo destaca-se por apresentar forte oposição à tese cética que admite, como fenômeno inevitável, a discricionariedade do julgador.

2.4 O problema da discricionariedade judicial⁶⁹

A tentativa de identificar as pretensões ou equívocos das atuais correntes do

pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que ele também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo. Em síntese, há uma essencial diferença – não separação – entre regra e princípio. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regras e princípios. No fundo, o equívoco das teorias da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas como uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem meta-princípios, meta-critérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Mas ela jamais será um princípio, porque neste está em jogo algo mais que a explicação causalista” (2006, p. 7).

69 A expressão “discricionariedade” possui tradicional vinculação com os temas afetos à administração pública. Na lição de Eros Grau, a discricionariedade expressaria a “[...] margem de liberdade que remanesça ao administrador para eger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (2005, p. 210). Por conseguinte, o ato discricional restaria caracterizado pela tomada de uma decisão dentro de “uma pluralidade de soluções igualmente válidas” (NEVES, 1995, p. 533).

pensamento jurídico, em especial o seu eventual comprometimento (consciente ou não) com o juspositivismo, possui grande relevo prático, na medida em que as referidas correntes servem de esteio para a ação do aplicador/intérprete, mormente nos dias atuais, em que o aumento das demandas judiciais e de sua complexidade têm tido como resposta a frequente formulação de julgamentos padronizados e a incessante busca do conforto do julgador em orientações e fundamentações prévias e sintetizadas.

Nesse sentido, Streck refere que,

[...] ao invés de avançar em direção ao novo, o velho senso comum teórico – forjado em perspectivas positivistas-pragmatistas – transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Sob o alibi da “abertura interpretativa” proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a “criatividade”, a ponto de, por vezes, soçobrar o próprio texto constitucional. E os exemplos são vários. Por todos – e, simbolicamente – vale referir a proliferação de decisões que transformam o princípio da dignidade da pessoa humana em um “super-princípio”, a falta de integridade e coerência na jurisprudência, o papel secundário assumido pela doutrina e a standardização da produção literária, com o crescimento de uma cultura manualesca que apenas reproduz “conceitos lexicográficos” (OLIVEIRA, 2008, prefácio, p. 10).

Saliente-se que o método da ponderação – e a sua intenção de encontrar a regra a ser subsumida ao caso concreto – é um evidente atrativo ao aplicador/intérprete, já que se apresenta como um procedimento pré-dado conveniente para o julgador que, assim, se desonera da responsabilidade no julgamento dos “casos difíceis” (o responsável pelo resultado não será ele, mas o método; nos mesmos moldes em que o positivista tinha a lei como seu porto seguro⁷⁰).

Portanto, a teoria de Alexy, embora tenha identificado a discricionariedade judicial como um sério problema herdado do positivismo, não apresentou uma solução de conteúdo, mas, sim, procedimental; característica esta que,

70 Na análise de Streck (2006c), a ponderação, ao final, retoma a solução positivista de delegação discricional ao juiz nos casos difíceis (zona de penumbra em Hart ou no perímetro da moldura para Kelsen), havendo clara proximidade entre o positivismo/normativismo e as teorias argumentativas.

forçosamente, acaba por comprometer a sua teoria argumentativa com o próprio positivismo:

[...] em todo positivismo está em jogo um problema procedimental. Ou seja, é possível dizer que todo positivismo se constitui como uma espécie de procedimentalismo, a partir de onde procura se afirmar os controles procedimentais dos mecanismos de decisão, sem uma preocupação efetiva como o resultado da decisão. Como o resultado da decisão judicial nunca importou efetivamente para o positivismo – principalmente em sua vertente kelseniana – se tinha por excluída a tematização pormenorizada da indeterminação do direito num âmbito efetivamente pragmático, embora fosse reconhecida num âmbito semântico-sintático. A incontornabilidade do resultado leva a aceitação de um relativismo(OLIVEIRA, 2008, p. 171).

Ao revés, Dworkin, ao enfrentar a questão dos princípios de modo prático-problemático e não se atendo a meramente encontrar uma fórmula para aplicá-los, contribuiu para que a aplicação/interpretação judicativa desses princípios servisse como freio à discricionariedade, agindo em prol do “fechamento hermenêutico⁷¹”(STRECK, 2006c), em contraponto à noção de que eles se prestariam para ampliá-la.

Para Dworkin(2003), não há uma liberdade ampla do magistrado quando este se depara com um *hard-case*⁷², na medida em que é defeso a ele partir de

71 “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, fecham a interpretação(e não a ‘abrem’). A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades(d’onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do ‘tudo ou nada’ – sic), pois dá a ideia de que os ‘princípios’ seriam cláusulas abertas, espaço reservado à ‘livre atuação da subjetividade do juiz’, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas abertas do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o ‘Código do juiz’ – sic. Nada mais positivista que isso. Nada mais antidemocrático que delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas abertas’”(STRECK, 2006c, p. 142).

72Lenio Streck critica o dualismo forçado que decorre da distinção feita entre *easy-cases* e *hard-cases*. Segundo a sua perspicaz análise, sob o marco da hermenêutica filosófica, os casos simples e os casos difíceis têm o mesmo ponto de partida e têm um traço comum que lhes é a condição de possibilidade, ou seja, a pré-compreensão. Assim, Streck reputa como equivocada essa distinção realizada tanto pelos defensores do juspositivismo(Hart) quanto pelos adeptos das teorias discursivo-argumentativas(Habermas, Günther, Alexy e Atienza, dentre outros). “O que têm em comum é o fato de que, nos *hard cases*, considerarem que os princípios(critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma ‘história jurídica’, que somente é possível no plano de discursos a priori(no fundo, discursos de fundamentação prévios). Também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin não ‘desonera’ os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que se dão *prima facie*. Na verdade, como Gadamer, ele não distingue discursos de aplicação de discursos de fundamentação, assim como não separa interpretação e aplicação”(2006c, p. 255-256).

valores externos ao Direito, devendo valer-se de uma esfera composta de princípios (pertencentes, também, ao sistema jurídico) que se destinam a limitar o seu espaço interpretativo. Assim, a discricionariedade estaria restrita a um sentido fraco, uma vez que o ambiente de decisão estaria vinculado e densificado por esses princípios, considerados pelo jusfilósofo norte-americano como “padrões prévios de conduta”.

Nesse rumo, o jusfilósofo norte-americano confronta o restrito mundo formal-legalista que orienta o pensamento normativista, procurando nos princípios os recursos racionais para impedir o governo da comunidade por regras que não guardem coerência com aqueles. Dentro deste contexto é que Dworkin elabora a temática dos “casos difíceis”, em relação aos quais a dúvida sobre o sentido exige a abordagem de dimensões principiológicas que são desconsideradas no quadro meramente semântico da regra (STRECK, 2006c).

E, neste ponto (a discricionariedade judicial e os correspondentes papel e local dos princípios na aplicação do Direito), é que reside a histórica controvérsia⁷³ entre o neopositivista Hart e o pós-positivista Dworkin.

Segundo Hart,

O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito (2005, p. 335).

⁷³ Esse conhecido debate jusfilosófico teve por início o artigo de Ronald Dworkin, publicado em 1967, com o título “É o Direito um Sistema de Regras?” (que foi incorporado ao segundo capítulo da obra “Levando os Direitos a Sério”). A pretensão fundamental deste artigo era a de rechaçar o que Dworkin (2002) qualificava como a versão mais poderosa do juspositivismo, que seria a teoria do Direito de H. L. A. Hart, cujo defeito capital, segundo o jusfilósofo norte-americano, consistiria na sua incapacidade para dar conta da presença, no mundo do Direito, de normas diferenciadas das regras, ou seja, os princípios, sublinhando que a ausência desta compreensão em Hart tisonaria o seu raciocínio no enfrentamento dos denominados *hard-cases*.

Assim, o doutrinador britânico – como já visto – defende a tese de que, para os “casos difíceis” que devem ser examinados pelos tribunais, haverá uma multiplicidade de resultados válidos (logo, uma discricionariedade), pela insuficiência do método subsuntivo. Então, caberia ao julgador a escolha do desfecho da demanda, dentre um rol de sentidos alternativos ajustáveis ao texto da lei ou a interpretações conflitantes de precedentes.⁷⁴

Não havendo, portanto, a possibilidade da obtenção/verificação de uma resposta correta para dado *hard case*, para Hart a conclusão é inevitável: a escolha será feita em um ambiente judicial de ampla liberdade interpretativa.

E é justamente a contrariedade a esta conclusão o móvel do embate proposto por Dworkin, em sua obra, na qual há a expressa e forte indicação de que a teoria de Hart, em diversos momentos, servirá de alvo específico de seu ataque ao positivismo⁷⁵:

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos ou obrigações jurídicos, principalmente naqueles casos difíceis nos quais nossos

74 O próprio autor exemplifica essa “abertura interpretativa”: *“As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra. A previsão do art. 9º da Lei dos Testamentos de 1837, que estabelece que deve haver duas testemunhas em cada testamento, pode razoavelmente parecer que não dará origem a problemas de interpretação. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. Mesmo o sentido da previsão aparentemente inocente da Lei dos Testamentos de que o testador deve assinar o testamento pode revelar-se duvidosa em certas circunstâncias. E se o testador usou um pseudônimo? Ou se alguém pegou na mão dele para fazer a assinatura? Ou se ele escreveu apenas as suas iniciais? Ou se ele pôs o seu nome completo, correto e sem auxílio, mas no princípio da primeira página, em vez de no fim da última? Poderiam ser todos estes casos considerados como ‘assinar’, no sentido da regra jurídica?”* (HART, 2005, p. 16).

75 Na parte introdutória de sua obra “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin (2002) aponta os preceitos-chaves (espinha dorsal) do positivismo por ele combatido: (a) o direito visto como uma comunidade de regras especiais, que é utilizado, direta ou indiretamente, por esta mesma comunidade com o propósito de prever e responsabilizar comportamentos, sob uma matriz estatalista. Essas regras podem ser identificadas e validadas por um teste de *pedigree* que não guarda qualquer relação com o seu conteúdo, mas, sim, com a forma por meio da qual foram produzidas; (b) o conjunto dessas regras é coextensivo com “o Direito”, razão por que, não havendo regra a prever a solução para dado caso concreto, a decisão deverá ser feita por uma autoridade pública, consoante o seu “discernimento pessoal”, que não estará atrelado, propriamente, ao Direito; (c) uma obrigação jurídica decorre de sua previsão em uma regra válida. Não havendo tal previsão, não haveria a obrigação jurídica; assim a decisão discricional do juiz não estaria fazendo valer um direito jurídico correspondente ao caso concreto.

problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.[...] Com muita frequência, utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas.[...] Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.[...] Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade(2002, p. 35-36).

Nessa esteira, para o doutrinador norte-americano, com esteio na diferença qualitativa entre regras e princípios(ambas internas ao sistema jurídico), o aplicador/intérprete(descrito sob a figura idealizada do juiz Hércules⁷⁶) deverá encontrar a melhor via interpretativa, a ser balizada pelos princípios(tidos como obstáculos anti-discricionais⁷⁷). E esse encontro não se sustenta em um

76 Na esteira do escólio de Oliveira(2008), no momento em que o Direito é visto como prática interpretativa, os procedimentos metodológicos são invocados em decorrência da ideia que cada aplicador/intérprete construiu acerca dos limites do Direito, mormente naquilo que torna legítima a ação estatal coativa. E, neste aspecto, Dworkin é firme na sua negação a qualquer tipo de discricionariedade judicial, visto que poderá conduzir a uma ação arbitrária do julgador, que irá produzir uma inovação jurídica apta a legitimar o poder de coerção do Estado, embora sem esteio nos princípios existentes na respectiva comunidade. Assim, é evidente, em Dworkin, a consideração conteudística acerca do resultado da decisão judicial; característica esta que o distingue e o afasta da teoria de Alexy, na medida em que sua preocupação não se vincula ao exame da correção da decisão pela mera conformação ao procedimento, mas, sim, desprende-se da ribeira e mergulha nas águas profundas da análise da coerência(ou não) da decisão judicial com os princípios que integram, materialmente, a moral da comunidade.

77 Para Dworkin, como visto, a discricionariedade judicial que tem lugar na interpretação de casos difíceis, em que o juiz atua como quase-legislador, é insustentável. Cabe sublinhar que Dworkin emprega a expressão “discricionariedade” em seu sentido mais forte, ou seja, correspondente à noção de que, nos casos difíceis, o juiz teria total liberdade para criar o Direito. Hart, por sua vez, rechaça esta ideia, alegando nunca tê-la defendido. Com este propósito, o autor britânico refere: *“É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo*

procedimento desonerador do conteúdo; ao contrário, a fundamentação do julgador deverá enfrentar questões como a legitimidade ou a justiça do seu julgamento, sob um argumento de princípio, ou seja, o ônus de justificar não se restringe à demonstração do cumprimento de todas as etapas de uma receita-padrão (não há cômodas transferências de responsabilidade; o “culpado” pelo resultado não será o método).

O valor desse debate, em especial a vinculação que Dworkin faz dos princípios com a prática do Direito (e a aproximação deste com a Moral⁷⁸), é

com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes” (2005, p. 336). Segue ele, em seu vão esforço explicativo, citando expressamente o seu oponente: “As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo democraticamente eleito pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político” (2005, p. 337).

78 Nas Constituições compromissórias/dirigentes (como no caso brasileiro), que não se limitam a definir os alicerces políticos de um Estado e que adentram na previsão de um sistema de direitos e de garantias com o necessário contato com noções vinculadas à moral, é evidente que o problema acerca dos limites da atuação judicial é mais destacado, uma vez que a gama de conceitos indeterminados/incompletos contidos na positivação constitucional é, à vezes, um convite para um agir discricionário onímodo. Nesse sentido, havendo a previsão constitucional da proteção de valores eventualmente conflitantes no caso concreto, deverá o julgador, forçosamente, enfrentar temas morais, conforme assevera Dworkin em sua visão conteudística. No entanto, “[...] enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação das regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro, essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin necessita buscar 'fora' do sistema, em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira já está amplamente contemplado” (STRECK, 2006a, p. 164).

significativo para direcionar o pensamento jurídico para a realidade judicativa. Nesse sentido, Dworkin demonstra o convencionalismo de Hart, que se restringe a regras criadas por instituições reconhecidas socialmente, atrelando-se, em última análise, a um viés estatalista. Para o doutrinador norte-americano, os princípios são padrões de conduta observáveis pelo aplicador/intérprete por pertencerem a um ambiente moral e político vinculado à história de determinada comunidade(contexto espaço-temporal) independentemente de sua fonte estatal.

Assim, Dworkin amplia o fenômeno jurídico, não se satisfazendo com a mera visão estatalista que, juntamente com a discricionariedade, identificam as doutrinas positivistas. Para ele, essa liberdade decisória do julgador, identificada e admitida por Hart(e também por Kelsen) nos *hard-cases* não se sustenta, uma vez que haverá, sempre, um argumento de princípio que estará vinculando(logo, obstando a discricionariedade) o agir do aplicador/intérprete. Com isso, a correção do julgamento estará afeta não a uma singela observância a um método pré-dado, mas à sua conformidade integrativa e conteudística de princípios, pressupondo uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria de precedentes(OLIVEIRA, 2008).

Em síntese, naquilo que mais significa nesta pesquisa, a contribuição do pensamento jurídico pós-positivista reside na reconstrução crítico-reflexiva da visão do Direito, para o efeito de afastar a ideia de que a razão aponta *a priori* um método à prática.

Assim – como se tentará demonstrar nos capítulos seguintes –, no manejo prático-problemático dos princípios(dentre os quais está o melhor interesse da criança), (a) o procedimento não poderá justificar antecipadamente o conteúdo da decisão judicial, tampouco (b) a invocação acrítica e replicada de um princípio(mera reprodução de precedentes ou de posições doutrinárias à cômoda disposição do aplicador/intérprete) não poderá valer como ponte dourada para o exercício da mais pura e perniciosa discricionariedade do julgador.

3 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Feitas as necessárias contextualização e delimitação do pensamento jurídico e seus desdobramentos na definição das categorias normativas que compõem um ordenamento jurídico, passa-se à análise específica do tema objeto deste estudo, ou

seja, o princípio do melhor interesse da criança, dando-se ênfase às suas repercussões nas lides que transitam na Justiça da Infância e da Juventude.

3.1 Origem e esteio jurídico do princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança não é uma novidade tampouco uma norma exclusiva de determinada cultura jurídica.

Nesse sentido, o emprego deste princípio como fundamento de uma decisão judicial pode ser encontrado em julgados proferidos ainda no século XVIII, consoante histórico referido por Tânia da Silva Pereira(2000).

Nas pesquisas dos precedentes do direito costumeiro britânico, identificam-se duas decisões do Juiz Lord Mansfield, em 1763, referentes a medidas que se assemelham ao atual procedimento de busca e apreensão de crianças e de adolescentes, constando da fundamentação a primazia do interesse da criança.

Da mesma forma, era facultado ao Tribunal da Chancelaria, que atuava em nome da Coroa Britânica, assumir, em certos casos, a tutela da criança ou ministrar ordens para a sua educação, com o desiderato de melhor orientá-la, sobrepondo-se à vontade dos pais(CILLERO B., 1999). Entretanto, somente em 1836, o princípio tornou-se efetivo na Inglaterra.

Ainda no século XIX, mais especificamente em 1813, o princípio do *best interest* foi introduzido no sistema jurídico norte-americano, na esteira do julgamento do *leading case Commonwealth versus Addicks*, da Corte da Pensilvânia, no qual havia a disputa da guarda de uma criança no bojo de uma ação de divórcio em que restou demonstrada a infidelidade da esposa, ensejando, em princípio, uma decisão favorável ao varão, consoante a orientação até então firmada.

Entretanto, a Corte, conquanto tenha reconhecido a culpa da mulher na dissolução do núcleo familiar, determinou que ela permanecesse com a guarda da prole, considerando que tal descumprimento do dever conjugal não possuía necessária vinculação com sua competência para o exercício dos cuidados com os

filhos, decidindo, pois, sob a ótica do que seria melhor para as crianças.⁷⁹

Os antecedentes do princípio do melhor interesse, porém, não se limitam aos sistemas jurídicos nacionais do modelo anglo-saxão, havendo sua previsão, também, nos sistemas de direito codificado.

Exemplo disso é a previsão, no Código Napoleônico, da possibilidade de o Tribunal – visando ao maior bem-estar das crianças – alterar as regras de custódia das crianças em casos de divórcio(CILLERO B., 1999).

No que se refere ao ordenamento jurídico pátrio, dentro de um modelo tutelar/paternalista, foi editado o Decreto 17.943-A⁸⁰, conhecido como “Código Mello Mattos”⁸¹, que tinha a pretensão de dispor sobre as questões atinentes à infância, com sua posterior substituição – sem alteração do paradigma – pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, intitulada “Código de Menores”⁸².

79 O indigitado precedente serviu de estribo para a introdução, no direito norte-americano, da *Tender Years Doctrine*, que estabeleceu uma presunção de preferência materna na definição da guarda em casos de divórcio, sob o fundamento de que as crianças careceriam mais dos cuidados maternos(PEREIRA, 2000). No entanto, a tendência atual é no sentido de desconstituir essa presunção, exigindo, sempre, o exame do caso concreto.

80 Referido diploma legal, fiel à corrente tutelar/paternalista, demarcava, em seu artigo 1º, os limites de sua abrangência: “Art. 1º. O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e protecção contidas neste Código”(sem grifos no original).

81 José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, nascido em 19 de março de 1864, na cidade de Salvador/BA, foi o primeiro Juiz de Menores do Brasil, nomeado em 02 de fevereiro de 1924. Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, em novembro de 1887, e atuou como promotor, advogado criminalista e no magistério. Na década de 20, passou a elaborar projetos que culminaram, em 1923, com a criação do Juízo de Menores do Distrito Federal, do qual tornou-se o primeiro titular. O Juiz Mello Mattos foi figura destacada na defesa dos interesses da população infante-juvenil e foi o redator do Decreto de 1927 que, historicamente, ficou vinculado ao seu nome. No início da década de 30, foi convocado pela Corte de Apelação do Distrito Federal para integrar a 3ª Câmara Cível, sendo, na mesma época, eleito vice-presidente da Associação Internacional de Juizes de Menores, com sede em Bruxelas, na Bélgica. Faleceu em 3 de janeiro de 1934, na Cidade do Rio de Janeiro (biografia disponível em www.jij.tjgo.jus.br/institucional/inst_mem.php).

82 Embora não tenha sido editada com este único desiderato, a Lei Federal 4.242, de 04.01.1921, ao fixar a despesa geral da República do Brasil para o ano de 1921, acabou por inserir no seu bojo um longo e específico artigo dispendo sobre o “*serviço de assistência e protecção à infancia abandonada e delinquente*”, que serviu de evidente parâmetro para o Decreto de 1927. Mais do que uma mera peça orçamentária, a referida lei, além de esmiuçar a organização do serviço de assistência(art. 3º, inc. I), definiu hipóteses de abandono e situações a elas equiparadas(art. 3º, § 1º), ampliou as causas para a suspensão e destituição do pátrio poder arroladas no Código Civil de 1916 e previu situações justificadoras da colocação dos menores sob a guarda de terceiros, com a indicação de sanções aos pais ou responsável(art. 3º, §§ 2º a 15). Além disso, também regulamentou as sanções e os procedimentos destinados a menores infratores(art. 3º, §§ 16 a 37).

Referido diploma legal, que vigeu até a promulgação da Carta Política de 1988, dispunha, em seu artigo 5º, expressamente acerca da primazia do interesse do “menor”(compreendidos neste conceito todos os indivíduos com idade inferior aos 18 anos).⁸³

Vê-se, pois, que o princípio do melhor interesse, antes de obter espaço no Direito Internacional, já aparecia como norma nos ordenamentos jurídicos nacionais, ainda que com algumas nuances, mas guardando, na essência, a noção de que os interesses das crianças deveriam prevalecer sobre os demais.

Assim, seguindo a trilha de parte significativa dos sistemas jurídicos nacionais vigentes, sobreveio a previsão do predito princípio na Declaração Universal dos Direitos da Criança⁸⁴, proclamada, por unanimidade, pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959.

Na exposição de motivos da referida Declaração, constou a observação de que muitos dos direitos e liberdades nela contidos já faziam parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela mesma Assembleia em 1948. No entanto, justificou-se que “as condições especiais da criança⁸⁵” exigiam uma declaração à parte.

O aspecto crucial dessa declaração(Resolução nº 1.386), relativamente à sua antecessora na proteção da infância(a Declaração de Genebra), é a sensível mudança de paradigma que instaura, em simetria com a Declaração de 1948, universalizando a proteção dos direitos humanos, uma vez que, no documento de 1959, a criança assume o *status* de sujeito de direito⁸⁶.

83 “Art. 5º Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”

84 Outras normativas de âmbito internacional relativas aos direitos infantis precederam o documento de 1959. Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição supranacional a aprovar uma convenção, em 1919, que limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens. Em espectro mais amplo, foi a Sociedade das Nações que, em 1924, aprovou a “Carta da Liga sobre a Criança”, comumente chamada de Declaração de Genebra, cuja inspiração era notadamente tutelar, colocando os infantes como objetos de providências de cunho protetivo(MONACO, 2004).

85 Conforme sintetiza Paula, “[...]o paradigma da norma jurídica especial distingue-se daquela que regula relações interpessoais do mundo adulto exatamente em razão da inconstância de um dos seus sujeitos, envolvido por rápidas e constantes modificações, relevadas pelo Direito como forma de atentar para as desigualdades de um dos partícipes da relação jurídica”(2002, p. 124).

86 Nesse norte, o teor do princípio primeiro da Declaração de 1959 torna hialina a mudança de

Quanto ao princípio do melhor interesse da criança, a Declaração optou por limitá-lo à esfera legislativa, gerando dever de observância apenas ao legislador, sem previsão de vinculação aos atos administrativos, judiciais, familiares ou da sociedade civil.⁸⁷

Posteriormente, em comemoração aos vinte anos da proclamação da Declaração de 1959, e como forma, também, de para ela chamar a atenção da sociedade internacional, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas(ONU) anunciou o ano de 1979 como o “Ano da Criança”. Nas reuniões daquele ano, a Assembleia Geral aprovou a proposta da delegação polonesa no sentido de que se elaborasse uma convenção internacional dos direitos da criança, assim como se fizera com os Pactos de 1966 relativamente à Declaração de 1948, a fim de emprestar-lhe maior eficácia. Então, restou à comitiva da Polônia a incumbência de elaborar a primeira minuta do texto a ser apreciado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, com vistas à elaboração do projeto de convenção.

Finalmente, aos 20 dias do mês de novembro de 1989, dez anos após a abertura dos trabalhos de redação, foi aprovada, de forma unânime, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que entrou em vigor menos de um ano depois, em setembro de 1990⁸⁸(MONACO, 2004).

A Convenção constituiu sensível avanço em relação à Declaração Universal dos Direitos da Criança, visto que pretendeu, ao longo dos quarenta e um artigos

doutrina: “*Princípio 1: A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família*”(sem grifos no original).

87 “*Princípio 2º: A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo, levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.*”

88 Dois anos após a entrada em vigor, a Convenção de 1989 contava com o maior número de ratificações já visto relativamente a um tratado de direitos humanos, muito embora a amplitude de direitos que regulamentasse fosse maior do que o de todos os outros documentos internacionais, ainda que limitada às crianças. Tal fenômeno guarda vinculação com o fato de que a Convenção Sobre os Direitos da Criança foi o primeiro instrumento de proteção de direitos humanos aprovado em um momento em que a Guerra Fria aproximava-se de seu ocaso. Talvez por isso tenha sido possível que, até 1997, essa normativa tenha recebido 191 instrumentos de ratificação, restando apenas dois Estados – Estados Unidos e Somália – nos quais a convenção não vigorava(MONACO, 2004).

previstos em sua primeira parte, esmiuçar os direitos e os sistemas de garantia⁸⁹, indo muito além dos dez princípios contidos no documento de 1959/90.

Ademais, é significativa a diferença dos efeitos de uma mera Declaração (praticamente adstritos ao plano programático e não-vinculante) para os efeitos de uma Convenção, cuja observância é, em tese, obrigatória para os seus firmatários⁹¹, mormente após sua recepção pelo ordenamento interno, como ocorreu no Brasil⁹².

Aliás, o papel do Brasil nessa adesão à normativa internacional – e, em especial, no rápido ajuste da legislação interna – é um capítulo da sua recente história democrática que merece destaque.

Nesse sentido, os países latino-americanos possuem a tradição jurídica napoleônica de direito codificado. Em decorrência desta característica, o processo de recepção da Convenção Sobre os Direitos da Criança como norma interna gerou uma verdadeira situação de “esquizofrenia jurídica”(MÉNDEZ, 2001), na medida em

89 Gustavo Ferraz de Campos Monaco(2004), em sua específica obra sobre a proteção internacional das crianças, descreve três espécies de direitos contidos na Convenção, tendo por critério o seu alcance subjetivo: a) direitos de alcance homogêneo reafirmados em relação às crianças(abrangem todos os seres humanos, mas foram sublinhados e especificados para as crianças – v.g., liberdade, vida e saúde); b) direitos de alcance homogêneo normalmente exercitáveis na infância(v.g., direito ao nome, à nacionalidade, à educação), mas ainda possíveis de exercício e guarida na vida adulta; c) direitos de alcance heterogêneo(específicos da população infantil, tais como o direito a ser criado em sua família natural, o direito de brincar, e o direito à primazia no atendimento de seus interesses).

90 Cabe salientar que a Doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança compreende não apenas o próprio texto da Convenção de 1989, como também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas com Regras de Beijing(de maio de 1984), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad(de dezembro de 1990), e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade(Resolução 45/113, de abril de 1991).

91 Em relação aos mecanismos de controle e fiscalização do cumprimento/concretização dos direitos enunciados na Convenção, pelos Estados ratificantes, foi instituído o Comitê sobre os Direitos da Criança, ao qual cabe monitorar a implementação da Convenção, por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes. Conforme leciona Flávia Piovesan: *“Tal como a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – que apenas a partir do Protocolo Facultativo passou a contar com outros mecanismos de monitoramento –, a Convenção sobre os Direitos das Crianças tão-somente prevê a sistemática dos relatórios, mediante os quais devem os Estados-partes esclarecer as medidas adotadas em cumprimento à Convenção”*(2008, p. 209-210). Cabe asseverar, ainda, que o mencionado Comitê, composto por dez membros eleitos a título individual, não possui competência para sancionar, mas tão-somente para emitir recomendações.

92 No tocante ao Estado Brasileiro, constou como um dos signatários da Convenção, que foi expressamente recepcionada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 99.710/90, de 21 de novembro de 1990.

que se produziu a vigência simultânea de duas leis que regulavam a mesma matéria de modo antagônico: de um lado o texto da Convenção ratificada, e de outro os vetustos códigos de menores esteados na Doutrina da Situação Irregular⁹³.

No caso brasileiro, com a vigência do artigo 227 da Constituição Federal – reforçada, no ano seguinte, pelo texto da Convenção –, resultou flagrante a inconstitucionalidade do Código de Menores Brasileiro, havendo, então, a rápida e eficaz pressão da sociedade civil, que permitiu a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), com a expressa revogação da Lei nº 6.697/79⁹⁴.

Na acurada análise de Emílio García Méndez,

Se as coisas tivessem seguido seu curso “natural” é provável que a Convenção tivesse permanecido, talvez por muitos anos, como um “simpático” instrumento do direito internacional. No entanto, o Brasil mudou o rumo “natural” da história, desatando um processo absolutamente inédito na tradição sociojurídica da região: a produção democrático-participativa do direito, neste caso um novo direito para a infância. Ao descobrir, de forma empírica, a íntima conexão entre os problemas da infância e os problemas da democracia, e no marco do processo popular de construção de uma nova Constituição que indicava com clareza o fim de um quarto de século de autoritarismo militar, o embrionário movimento de luta pelos direitos da infância se articulou em torno da preparação de duas emendas populares a serem introduzidas na nova Constituição (mecanismo previsto pela própria Convenção Constituinte). O resultado foi a incorporação à nova Constituição Brasileira, aprovada finalmente em outubro de 1988, de dois artigos fundamentais para todo o desenvolvimento de um novo tipo de política social para a infância: a política social pública. O artigo 227 constitui uma admirável síntese da futura Convenção, que na época circulava na forma de anteprojeto entre os movimentos de luta pelos direitos da infância. O outro artigo decisivo foi o 204 (particularmente em seu inciso II) que, legitimando a articulação de esforços coordenados entre governo e sociedade civil, colocava as bases explicitamente jurídicas para a reformulação de uma política pública, já não mais entendida como mero sinônimo de política governamental, mas como o resultado de uma articulação entre governo e sociedade civil (2001, p. 22).

93 “A inércia político-cultural, somada a alguns problemas de técnica jurídica processual determinaram que, no plano judicial, se continuasse com a aplicação massiva e rotineira das velhas leis de menores, ao mesmo tempo que a aplicação da Convenção se convertia em um fato excepcional e fragmentado” (MÉNDEZ, 2001, p. 22).

94 Cabe ressaltar que a uniformização das legislações internas pelos estados latino-americanos é uma realidade recente e que traz como aspecto positivo o término das constantes invocações das disposições dos códigos de menores nacionais em detrimento do texto da Convenção Internacional. Nesse sentido, é oportuno referir que o uso imediato de uma normativa internacional para fundamentar um ato estatal, em especial o ato jurisdicional, é quase um tabu no Brasil, no qual aquele que decide encontra maior conforto ou tranquilidade na invocação da legislação interna; circunstância esta que, talvez, possa ser explicada pelo desconhecimento, pelo preconceito ou pela soma de ambos os fatores.

Cabe observar, ainda, que os direitos e garantias previstos na indigitada Convenção, formalmente incorporados ao direito positivo brasileiro, ostentam o *status* de normas componentes do arcabouço constitucional, com esteio no preceito de ampliação previsto no artigo 5º, § 2º, da Carta de 1988⁹⁵, embora este entendimento possa sofrer alguma restrição – ainda que superável – pelo teor do novel § 3º do citado dispositivo⁹⁶, agregado pelo emenda constitucional nº 45 de 2004.⁹⁷

No que se refere ao princípio do melhor interesse da criança, a Convenção de 1989 plasmou-o em seu artigo 3.1., assim redigido:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridade administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança⁹⁸.

O mencionado princípio foi repetido, ainda, em mais sete artigos da

95 Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

96 Art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

97 Nesse sentido, merece destaque a lição de Mazzuoli(2005), o qual, em artigo específico sobre o tema, observou que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, pois na medida em que a Carta Política de 1988 “[...] *não exclui os direitos humanos proveniente de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’ e atribuindo-lhes a hierarquia de norma constitucional*”. Assim, o citado autor interpreta que o *quorum* qualificado previsto no novo § 3º do artigo 5º da Constituição serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, “[...] e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais, que eles já têm em virtude do §2º do art. 5º da Constituição”(p. 320). No mesmo sentido é a posição de Sarlet, que assevera que a tese da equiparação entre os direitos fundamentais localizados em documentos internacionais ratificados pelo Brasil e os com sede na Constituição formal “[...] é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional”(2004, p. 141).

98 Cumpre observar que o texto original da Convenção é em inglês – “*the best interes of the child shall be a primary consideration*” – , e a tradução supra guarda simetria com aquela formulada pela própria Convenção. Entretanto, consoante sinala Pereira(2000), a tradução oficial feita no âmbito do Brasil alude ao “interesse maior da criança”, optando por um conceito quantitativo, em descompasso com o texto original, que adotou um critério qualitativo – *best interest*. Assim, buscando-se conformidade com o texto de origem, optou-se, neste trabalho, pelo uso da expressão “melhor interesse”.

Convenção⁹⁹:

Art. 9.1 - Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

Art. 9.3- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Art. 18.1 - Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

Art. 20.1- As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado.

Art. 21 - Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança.

Art. 37 - Os Estados Partes zelarão para que:(...) c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;

Art. 40. 1- Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança, a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e valor, e fortalecerão o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2- Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular;

(...)

iii) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei,

99 Os textos legais foram transcritos nos exatos termos do referido Decreto 99.710/90, no qual é perceptível a ausência de uniformidade da tradução oficial, que ora faz menção ao “interesse maior” e ora ao “melhor interesse”; circunstância esta que reforça a opção, nesta dissertação, do uso da segunda expressão, na esteira do comentário explicativo formulado na nota de rodapé imediatamente anterior a esta.

com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais(sem grifos no original).

Da leitura do predito artigo 3.1 da Convenção, em correlação com os demais dispositivos acima transcritos, denota-se que houve considerável ampliação do alcance do princípio do melhor interesse da criança, se comparado com o teor do segundo enunciado da Declaração de 1959, que estava adstrito às ações do Poder Legislativo.

Conforme o conteúdo do referido dispositivo da Convenção, o melhor interesse da criança é vinculativo da integralidade dos atos do Estado, abrangendo todas as esferas de poder e atingindo, também, as instituições privadas que atuam em programas de assistência social¹⁰⁰.

Por fim, é oportuno salientar que, respeitada a definição estabelecida pela Convenção, a criança é tida como todo o sujeito menor de dezoito anos de idade, incluindo, portanto, a figura do adolescente prevista na legislação brasileira, permitindo, assim, sua incidência com total abrangência das questões relativas à população infanto-juvenil.¹⁰¹

3.2 Conceito e distinções

O melhor interesse, na forma como previsto na normativa internacional, apresenta a incontroversa natureza de princípio jurídico, sublinhando-se que o Comitê dos Direitos da Criança, estabelecido pela própria Convenção, chega a

100 Embora a leitura isolada do artigo 3.1 da Convenção possa levar a conclusão de que a família não estaria, também, vinculada ao princípio do melhor interesse da criança, cabe observar que a aplicação do princípio nas situações envolvendo o ambiente intra-familiar foi objeto de artigo específico na própria Convenção(art. 18.1, acima transcrito).

101 Art. 1º da Convenção: “*Para efeitos da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*”. Art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.069/1990(Estatuto da Criança e do Adolescente): “*Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12(doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12(doze) e 18(dezoito) anos de idade*”.

apontá-lo como seu princípio reitor(CILLERO B., 1999).

Valendo-se dos critérios de distinção das categorias normativas, conforme exposto no capítulo anterior deste trabalho(mesmo que mantido um olhar crítico), evidencia-se que a disposição constante do item 3.1 da Convenção de 1989 apresenta, por todos os ângulos(em especial, procedimentais ou contedúísticos), as características básicas de um princípio.

Nesse passo, à guisa de confirmação, extrai-se do texto do mencionado dispositivo da Convenção um evidente e elevado grau de abstração ou generalidade(ou seja, de difícil, senão impossível objetificação). Da mesma forma, o teor do artigo exprime uma pretensão de nortear ou fundamentar outras normas jurídicas, em compasso, aliás, com a explícita disposição do já citado princípio segundo da Declaração Universal de 1959.

Está presente, também, a noção de mandamento de otimização (Alexy), assim entendida como a intenção de obter o máximo e melhor resultado, sem apresentar, contudo, um esquema prévio e preciso de comportamento, remetendo para o caso concreto a apuração das condutas necessárias para o alcance do desiderato pretendido.

Portanto, visando à sintetização de um conceito, como pauta mínima para o desdobramento da problemática posta nesta dissertação, é oportuna a invocação dos parâmetros postos por Cillero B.(1999), para quem o dispositivo contido no artigo 3.1 da Convenção constitui um princípio que obriga várias autoridades e, inclusive, instituições privadas a estimar o melhor interesse das crianças – ou superior interesse na versão espanhola – como uma consideração primordial para o exercício das suas atribuições, não porque tal interesse seja considerado socialmente valioso, ou por qualquer outra concepção de bem-estar social ou de bondade, mas, sim, porque as crianças têm direitos que devem ser respeitados, exigindo que, antes da tomada de uma medida que lhes afete, sejam adotadas aquelas que promovam e protejam seus direitos e não aquelas que os infringam.

Merece transcrição, ainda, a noção do melhor interesse na lição de Amaral e Silva (*apud* MARQUES, 2000, p. 474):

Não mais um “melhor interesse” subjetivamente estabelecido, o que poderia conduzir ao arbítrio, mas um superior interesse baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas para à proteção integral. Os fins sociais do Estatuto, consubstanciados na promoção e defesa dos direitos, constituem diretriz para que o superior interesse, seja, mesmo, o da criança e do adolescente e não mais um duvidoso e suposto melhor interesse, a critério subjetivo do intérprete. A orientação zetética, balizada pelo art. 6º, deixa claro o cuidado em jungir a aplicação da nova lei às normas, aos princípios do direito ciência. No caso, da Hermenêutica Jurídica.

Indo mais além e visando a evitar compreensíveis confusões, cumpre definir/delimitar outras duas noções amplamente empregadas nas questões relativas à infância e à adolescência, ou seja, a “proteção integral” e a “prioridade absoluta”, a fim de, com isso, distingui-las do princípio do melhor interesse da criança.

A chamada Proteção Integral constitui conceito adotado como a nova doutrina jurídica atinente aos temas infanto-juvenis, servindo de contraponto à anterior Doutrina da Situação Irregular e qualificando-se como marca ou sinal da quebra do antigo paradigma e anúncio de uma nova ordem jurídica, havendo sua expressa previsão já no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁰²

No dizer de Costa(1991), a nova ordem decorrente da normativa internacional, incorporada à legislação nacional e afirmada pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, promoveu uma completa metamorfose no direito infanto-juvenil no país, introduzindo um novo paradigma, elevando o até então “menor” à condição de cidadão, fazendo-o sujeito de direitos.

Assim, a proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema em que crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.

Consoante a abalizada doutrina de Paula:

[...] a conceituação de proteção integral é essencialmente jurídica, muito embora seja reflexo da política de um povo em relação à criança e ao adolescente[...]. Quando a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à proteção integral, estão indicando um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo

102 Art. 1º da Lei nº 8.069/1990: *“Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”*

adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas. Moral ou valores sociais são apenas os elementos informadores ou determinantes da lei, devendo ser afastada qualquer consideração extrajurídica permissiva da intromissão de outros componentes na definição de seu conteúdo(2002, p. 23).

É integral, portanto, no sentido de que abarca a totalidade das relações interpessoais de que participe a população infanto-juvenil, não havendo mais espaços ditos privados, cuja opacidade estatalmente legitimada(mormente no âmbito familiar) permitia condutas – comissivas e omissivas – absolutamente descompromissadas com o respeito aos direitos dos ainda não-adultos.

Cuida-se de doutrina que representa evidente evolução valorativa no que se refere aos interesses infanto-juvenis, que, no mais das vezes, eram encobertos pelo manto da presumida correção emprestada a todo e qualquer ato praticado pelas entidades comandadas pelo mundo adulto(família, sociedade civil e Estado)¹⁰³.

Assim, a proteção integral pode ser vista sob dois aspectos: (a) a preservação e a efetivação da integralidade dos direitos catalogados e destinados ao público infanto-juvenil, e (b) a intenção de proteger, indistintamente, todas as crianças e adolescentes.

Nesse norte, a ruptura do primitivo paradigma é palmar. Isso porque, pela Doutrina da Situação Irregular, havia duas infâncias no Brasil, uma infância dividida¹⁰⁴: aquela das crianças e dos adolescentes, a quem os direitos eram assegurados pela “regularidade” da situação, com a conseqüente indiferença da lei; e outra, a dos “menores”¹⁰⁵, que eram o objeto da lei (no caso brasileiro, o Código de

103Na busca desse propósito, a “proteção integral” não pode ser entendida como recurso à disposição do mundo adulto, reduzindo-a a uma mera estratégia garantidora da futura maturidade da população infanto-juvenil. Ao revés, deve ser considerada como um dever geral, que é correlato a um feixe de direitos titulado pelas crianças e adolescentes pelo especial e irrepetível momento de seu desenvolvimento pessoal, sem a necessária vinculação com uma necessidade de preservação do “futuro da sociedade”, sob um indevido enfoque utilitarista.

104 Oportuno recordar o que já foi dito alhures: a específica legislação brasileira, ao longo do século XX e até o final da década de 80, estribava-se na ideia da “situação irregular”(verdadeiro dispositivo para acionamento da rede estatal de tutela). Apenas nos casos de “irregularidade” é que os indivíduos com idade inferior aos 18 anos recebiam o rótulo de “menores”, que constituía a qualificação jurídica necessária para a incidência do conjunto normativo apto para protegê-los/salvá-los do mal concreto ou potencial.

105No que se refere ao evidente aspecto depreciativo do termo “menor”, Paula sublinha a

Menores), por estarem em situação irregular(SARAIVA, 2006).

A Doutrina da Proteção Integral tem o mérito – repita-se – de colocar as crianças e os adolescentes na posição de sujeitos detentores de direitos e não de meros destinatários de providências de cunho paternalista a serem determinadas pelo Juiz de Menores.

Sublinhe-se, ainda, que a nova ordem jurídica firmada pela Carta Política de 1988 buscou erguer os alicerces de um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

No ensinamento de Martha de Toledo Machado:

Esse sistema especial se funda no reconhecimento da condição peculiar de crianças e adolescentes de seres humanos ainda em fase de desenvolvimento, que implica o reconhecimento de que a personalidade infanto-juvenil tem atributos distintos da personalidade adulta e de que crianças e adolescentes possuem maior vulnerabilidade do que o ser humano adulto(2003, p. 405).

Nesse contexto, a predita doutrina devolveu ao Poder Judiciário a sua função clássica de dirimir conflitos, mediante provocação dos interessados, afastando-o da perniciosa e desviada atividade de executor de medidas assistenciais.

Quanto à “prioridade absoluta”, trata-se de norma jurídica – com todos os predicados e características dos princípios – situada no âmbito constitucional e repetida, como reforço, no Estatuto da Criança e do Adolescente.106

significativa desvinculação da nova ordem jurídica brasileira com este conceito já contaminado por uma forte carga preconceituosa. Afirma o citado autor: *“Também é mister ressaltar que o legislador constituinte brasileiro, além de materialmente romper com o sistema da situação irregular, expressamente adotou as expressões criança e adolescente, proscrevendo a utilização da locução menor, de vez que esta havia adquirido significado sinonímico indicativo de trombadinha, bandido, malfeitor etc. Ao utilizar-se dos termos criança e adolescente resgatou a precisa e universal indicação semântica das fases da infância e da juventude, sem qualquer conteúdo pejorativo ou discriminador, ficando a cargo do legislador ordinário estabelecer as respectivas faixas etárias”*(2002, p. 29-30). Por isso, o persistente uso da expressão “menor” em decisões judiciais e em textos doutrinários deve ser vista com todas as reservas, na medida em que não se cuida de mera impropriedade técnica, mas sinaliza para a manutenção de um inaceitável comprometimento(ainda que inadvertido) com a anciã doutrina tutelar e todos os seus estigmas.

106 Art. 227, *caput*, da Constituição Federal: *“É dever da família, da sociedade e do Estado*

Referida norma prevê um direito de preferência das crianças e dos adolescentes, em relação aos quais o poder público, a sociedade civil e a família são obrigados a agir de modo prioritário, ou seja, postergando a efetivação ou garantia de iguais direitos portados pelos demais indivíduos para momento posterior.

Em síntese, esse princípio ordena, em primeiro lugar, o atendimento das crianças e dos adolescentes no tocante aos seus direitos básicos, merecendo destaque que o legislador procurou afastar a possibilidade de relativizações ou interpretações restritivas, empregando o adjetivo “absoluto”, emprestando à prioridade, com isso, os predicados de ilimitada e soberana, ou, em outras palavras, que se sustenta independentemente de qualquer condição.

Essa urgência no atendimento funda-se na circunstância de que os interesses de crianças e adolescentes demandam uma pronta resposta, visto que a eventual tutela a destempo não se coaduna com a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento¹⁰⁷ e que, por isso, está fortemente vinculada a realidades

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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”(sem grifos no texto original).

Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, 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. *Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”(sem grifos no texto original).*

107 O respeito à “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” é, também, um dos princípios informadores do Novo Direito da Criança e do Adolescente (Art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”). Nesse sentido, a nova ordem jurídica pretendeu comprometer o aplicador/intérprete com a necessária consideração de que a realidade infanto-juvenil difere do mundo adulto e isso deve ser levado a sério no exame do caso concreto; do contrário, restará ocultada uma significativa diferença que está vinculada às etapas do processo de crescimento/evolução das crianças e dos adolescentes rumo à vida adulta. Como bem observa, novamente, Paula, “[...] o respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve ser levado em conta, sob pena de conceber aquilo que é, por aquilo que pode ser, ou seja, um adulto. A criança ou adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação” (2002, p. 38). Sob esse enfoque, o direito de brincar previsto, expressamente, no artigo 16, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui um típico exemplo da importância dada a esta condição peculiar e

efêmeras(o que hoje é, amanhã pode não mais sê-lo).

Cabe salientar, aqui, que o traço que aproxima o melhor interesse da prioridade absoluta é o fato de que ambos são princípios informadores de um mesmo sistema jurídico.

Porém, suas funções são claramente distintas, na medida em que, como já visto alhures, o princípio do melhor interesse busca, na generalidade, qualificar as diversas ações, vinculando-as a uma finalidade obrigatória, enquanto o princípio da prioridade absoluta, com uma maior delimitação, possui a pretensão de hierarquizar os direitos, com esteio nas condições peculiares ou especiais dos seus titulares, trazendo como consequência uma preferência de caráter impositivo.

3.3 A aplicação do princípio do melhor interesse no âmbito da Justiça Infanto-Juvenil e o risco do retorno ao antigo paradigma

Conforme apontado no item supra, o ordenamento jurídico pátrio sofreu profunda transformação com, cronologicamente, a promulgação da Carta Política de 1988, a ratificação da Convenção de 1989 e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁸, na medida em que esse conjunto normativo procurou afirmar e reafirmar direitos e liberdades, contrastando com uma realidade absolutamente

momentânea das crianças e dos adolescentes. Nessa esteira, o direito positivo optou por dar relevo às atividades lúdicas como vitais para a hígida evolução dos menores de 18 anos, não havendo igual reconhecimento aos indivíduos adultos, para os quais o ato de brincar não corresponde a um direito exercitável sob a invocação de um correlato dever de concretização.

108 O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) detém – como já visto – uma significativa importância na reconfiguração do direito infanto-juvenil, que, aliás, ultrapassou fronteiras, servindo de exemplo para os demais ordenamentos jurídicos dos estados latino-americanos. Não obstante isso, é forçoso reconhecer-se que esse paradigmático diploma legal é (ele próprio) fruto de preconceitos na doutrina do Direito, permanecendo forte a visão que o menospreza em comparação com outros ramos do “saber jurídico” identificados como mais nobres. Isso explica a maior relevância dada, frequentemente, à inovações trazidas, na mesma época, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), mormente no que se refere à tutela judicial dos interesses difusos e coletivos. Na realidade, diversas obras que tratam desta matéria não fazem qualquer menção aos inovadores dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, “[...] simplesmente o ignoram, talvez ante o senso comum que ainda o insere no âmago de um direito menor. [...] Desperta a atenção de uns poucos especialistas, geralmente ligados ao tema em razão da profissão, como se sua importância no cenário jurídico limitasse à disciplina de questões tão específicas, sem grande valor na reconstrução do Direito” (PAULA, 2002, p. 48).

diversa, uma vez que, à época, o país acabava de emergir de um longo período ditatorial¹⁰⁹.

E, nas questões atinentes à Justiça da Infância e da Juventude, as modificações foram de significado extremo, gerando perplexidade em muitos operadores do Direito que haviam construído seus conceitos – e preconceitos – sob a égide da doutrina tutelar, que imperou na América Latina durante quase todo o último século¹¹⁰.

Nesse ponto, o “Direito do Menor”, autonomizado no início do século XX, teve por arrimo teórico as conclusões alcançadas no Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, em 1911.

Naquele evento, os participantes externaram seu desconforto com a realidade constatada nos sistemas de repressão penal, afirmando que

[...] servem para legitimar as reformas da justiça de menores as espantosas condições de vida nos cárceres onde os menores eram alojados de forma indiscriminada com adultos e a formalidade e a inflexibilidade da lei penal que, obrigando a respeitar, entre outros, os princípios da legalidade e de determinação da condenação, impediam a tarefa de repressão-proteção, própria do direito de menores(MÉNDEZ, 1998, p. 53).

109 A América Latina, na década de oitenta, além de ainda não apresentar um direito suficientemente democrático, mantinha ordenamentos jurídicos explicitamente autoritários(MÉNDEZ, 2001). Tal evidência era mais nítida no âmbito dos poderes de intervenção estatal repressiva(em especial, no direito penal) e, no contexto da época, a Doutrina da Situação Irregular(verdadeiro “cheque em branco” dado ao Estado-Juiz) inseria-se como paradigma mais do que oportuno para, na específica seara da repressão/assistência aos “menores”, legitimar o poder ilimitado das ditaduras fardadas.

110 Como já visto, o Estado Brasileiro, ainda em 1990, conseguiu excluir de seu direito positivo as normas que legitimavam o modelo tutelar, que foi explicitamente substituído pela Doutrina da Proteção Integral. Entretanto, os demais países latino-americanos demoraram a trilhar o mesmo caminho, visto que permitiram a coexistência de seus antigos códigos de menores por considerável lapso de tempo, conquanto tenham incorporado o texto da Convenção às suas respectivas legislações internas. Tomando como exemplo – pela clara afinidade contextual – os países vizinhos e membros do Mercado Comum do Sul(MERCOSUL): a) no que se refere ao Paraguai, o Código de Menores(Lei nº 903, de 1981), embora sua evidente natureza tutelar, permaneceu vigente no ordenamento jurídico nacional até maio de 2001, quando ocorreu sua expressa revogação pelo novo *Código de La Niñez y La Adolescencia*(Lei nº 1.680, de 30-05-2001), que, finalmente, explicitou e esmiuçou a Doutrina da Proteção Integral; b) o Estado Uruguai, por sua vez, preservou o modelo tutelar do *Código del Niño* de 1934(Lei nº 9.342) até a publicação, em 14 de setembro de 2004, do novo *Código de La Niñez y La Adolescencia*(lei nº 17.823); c) por fim(e não por coincidência), a legislação tutelar mais antiga foi a última a ser formalmente extinta, em 26 de outubro de 2005, com a publicação da *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños e Adolescentes*(Lei nº 26.061), que revogou a *Ley Agote*, que vigia na Argentina desde 1919.

Assim, como bem apontado por Saraiva(2003), a política era de supressão de garantias, visando à “proteção” dos menores, ou seja, o mal era combatido com a criação da Justiça de Menores de caráter eminentemente tutelar, gerando-se o ambiente técnico-teórico propício para o erguimento da Doutrina da Situação Irregular e o seu consagrado binômio carência/delinquência.

Com esteio nessa premissa, a proteção(ou até mesmo a salvação) da infância/juventude estava pressuposta na anulação de garantias – como o princípio da legalidade em matéria penal/aflitiva –, entregando-se à figura do Juiz de Menores(identificado – ou confundido – como o bom pai de família do Direito Romano) a livre decisão sobre o destino das crianças e dos adolescentes “diagnosticados” como carentes ou delinquentes.

Emilio García Méndez, ao comentar os resultados colhidos com o referido Congresso de Paris, afirma que

[...] a pedra angular das reformas consiste em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga no Congresso de Paris, o famoso professor de Direito Penal A. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir caráter familiar e que o juiz de menores deve ser um pai e um juiz de vigilância(Atas, 1912, p. 61)”(1998, p. 56).

O binômio carência/delinquência(fundamento para a invocação da Justiça de Menores, também previsto na já citada Declaração de Genebra) marcou a lógica operativa do sistema tutelar, com a resultante confusão conceitual, permitindo o tratamento indistinto em relação a menores abandonados ou infratores, que até hoje vive no imaginário da cultura jurídica brasileira e latino-americana.

Em suma, para o efeito de adotar-se providências assistenciais/paternalistas(aí incluídas as medidas repressivas) a Justiça de Menores separava o “joio do trigo”, preocupando-se apenas com a infância “abandonada” ou “infratora”(ou seja, com os “menores”), já que as crianças “bem-nascidas” estavam regularmente assistidas por um “bom pai de família”, sem a necessidade de que fosse feita a substituição de seu papel pela figura do Juiz de

Menores¹¹¹.

Inspirada nessa noção parcial do mundo infanto-juvenil, a Lei Federal nº 4.513/1964 previu a “Política Nacional de Bem-Estar do Menor”, estabelecendo uma gestão centralizadora e vertical, comandada, em âmbito nacional, pela FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), sob cuja batuta agiam os órgãos executores estaduais (FEBEM – Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor). E as ações eram, essencialmente, norteadas pela ideia de estigmatizar e criminalizar a pobreza, tendo por destinatários unicamente as crianças e os adolescentes considerados – em um juízo altamente discricionário – em situação irregular (“diagnosticadas”, pois, como em estado de “patologia social”¹¹²).

Sob esse prisma, Marques(2000) observa que o antigo Direito de Menores se prestava à exclusão de uma abordagem jurídico-sistêmica quanto aos temas ligados à infância e à juventude, envolvendo-os em um viés esdrúxulo, em que a perspectiva de um maior interesse da criança seria superior ao próprio regramento constitucional que, se aplicado em relação ao infante, seria limitador do arbítrio subjetivista que dominava as ações até então tidas como legítimas, enquanto necessárias à proteção dos menores.

Importante lembrar que o revogado Código de Menores de 1979, mero reprodutor da doutrina então sedimentada, apresentava conceitos e comandos gerais – quase enigmáticos – atribuindo, na prática, um juízo de pura discricionariedade ao Juiz de Menores.

Nesse sentido, o artigo 8º do extinto estatuto menorista conferia ao julgador a faculdade de adotar qualquer medida de ordem geral que considerasse necessária

111 Segundo Martha Toledo Machado, “[...] esta nova categoria expressa no binômio *carência/delinquência*, aliada à distinção que se fez entre a *infância* ali inserida e as *boas crianças*, vai conformar todo o direito material da *Infância e da Juventude* e as *instâncias judiciais criadas para aplicação desse direito especial*, que, ele sim, já nasceu menor”(2003, p. 33).

112 As decisões inspiradas no modelo tutelar(ainda existentes na atual prática judicativa) apresentam como característica frequente a invocação de termos médicos como “patologia”, “doença”, “distúrbios”(sociais) e “desvios” ou “transtornos”(de conduta) identificados, sem maiores rigores, pelo julgador, que assim, decide em prol de uma “cura”, como o médico que prescreve um remédio, por mais amargo que seja. E, sob este viés, qualquer obstáculo ao agir do bem-intencionado juiz “curandeiro” é taxado de formalismo, reforçando aquele discurso que confunde as garantias do devido processo com caprichos procedimentais; tudo para, ao final, justificar a discricionariedade da decisão comprometida com a Doutrina da Situação Irregular.

à assistência, proteção e vigilância do menor, desde que agisse segundo seu “prudente arbítrio”.¹¹³

O sistema, pois, concedia “carta branca” para o julgador, que assumia um poder total, haja vista que a ele competiam ações de natureza legislativa, por meio de portarias e provimentos genéricos, ações de natureza executivo-administrativa, no plano assistencial, e atos jurisdicionais típicos, com uma peculiaridade: o próprio Juiz tinha a prerrogativa de instaurar o processo que, posteriormente, seria por ele mesmo julgado.¹¹⁴

Em suma, na matéria infanto-juvenil, o Juiz de Menores era a personificação absoluta do Estado.

Nesse prisma, esteado na disposição contida no artigo 5º do extinto Código de Menores, a qual previa que, na aplicação do diploma menorista, “*a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado*”, o Juiz adotava a solução que entendesse mais adequada, sem qualquer baliza a limitar o seu poder de aplicação/interpretação, cabendo tão-somente a ele resolver a questão, independentemente da observância de mínima regularidade formal, que, ao fim e ao cabo, redundava no desrespeito de direitos e garantias materiais e processuais das crianças, adolescentes e famílias atingidas pela decisão judicial.

E a justificativa para esta “imunidade” do julgador a qualquer barreira ao exercício de seu poder residia no fato de que, a despeito do desprezo de direitos e garantias eventualmente previstos aos destinatários de suas decisões, a atuação jurisdicional estava, sempre, imbuída das melhores intenções, pretendendo favorecer o “menor” em situação irregular.

Nesse cenário, portanto, a nova ordem jurídica instaurada, em âmbito global, no final da década de oitenta, constituiu uma espetacular alteração da

113 Art. 8º do Código de Menores: “A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.”

114 Nesse sentido era o disposto no artigo 86 do Código de Menores: “As medidas previstas neste Código serão aplicadas mediante procedimentos administrativo ou contraditório, de iniciativa oficial ou provocados pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse.”(sem grifos no texto original).

realidade normativa atinente às crianças e aos adolescentes, na medida em que o antigo “Direito do Menor” pretendia tão-somente dispor sobre as políticas públicas destinadas à infância pobre/infratora, enquanto o Novo Direito da Criança e do Adolescente busca, expressamente, regular a totalidade das relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes em sua inter-relação com a família, a sociedade civil e o Estado.

Para essa mudança, a Convenção de 1989 teve um papel decisivo na objetivação das relações da infância com os adultos e com o Estado; objetivação esta entendida como a tendência oposta à discricionariedade que se expressa não apenas por um novo tipo de Direito, mas também por um novo tipo de institucionalidade(MÉNDEZ, 2001).

E, no caso específico do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao esmiuçar o sistema de direitos e garantias expostos no artigo 227 da Constituição Federal, serviu(e tem servido) como instrumento de resistência à ainda persistente discricionariedade estatal de inspiração tutelar, contemplando

[...] um conjunto de regras limitadoras da intervenção do Poder Público, garantindo a liberdade através de institutos como, entre outros, da ampla defesa, da defesa técnica por advogado, do contraditório, do devido processo legal, que, somados a regras especiais, como as das excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento quando da privação em liberdade, não permitem outra conclusão senão a que tem nítido caráter garantidor”(PAULA, 2002, p. 43).

Conforme assinala Méndez, durante sete décadas(de 1919 – data da edição da primeira lei de cunho tutelar – a 1990 – data da incorporação à legislação interna da Convenção Sobre os Direitos da Criança) a América Latina conviveu com leis de menores que constituíam “[...] *muito mais que uma epiderme ideológica e mero símbolo de um processo de criminalização da pobreza*”(2001, p. 42). Isso porque, concretamente, essas legislações eram mecanismos determinantes no desenho e na execução das políticas públicas relativas à infância pobre/delinquente¹¹⁵,

115O mesmo autor observa que essas políticas assistenciais culminavam, frequentemente, na ampliação dos poderes da Polícia que se convertia, na prática, no provedor majoritário e habitual da clientela das chamadas instituições de “proteção” ou de “bem-estar”, para as quais eram

legitimando a alimentação coercitiva de providências de caráter assistencial¹¹⁶.

Em resumo, o Novo Direito da Criança e do Adolescente, erigido mercê da participação democrática de vários atores, notabiliza-se pela distinção clara que realiza entre problemas de natureza social e problemas relativos ao conflito com a lei penal, fulminando com o binômio carência/delinquência¹¹⁷ e reposicionando o Estado-Juiz no seu *locus* clássico.

Evidente, pois, que o cenário alterou-se (ao menos no plano normativo) de modo grave, visto que a atuação do Juiz restou bem delimitada pelas garantias e direitos de natureza material e processual catalogados nas novas normas de regência. No entanto, como já se podia esperar, a assimilação do novo paradigma foi alvo de inúmeras restrições por aqueles que se sentiram atingidos pela limitação de poder ou por aqueles que, simplesmente, discordavam da nova ordem posta, preferindo, de modo solipsista e antidemocrático, a manutenção do antigo paradigma, justificador de uma discricionariedade onímoda, para a qual a legalidade/juridicidade da decisão consistia na aplicação da providência embasada, puramente, na crença subjetiva de estar fazendo o bem (em resumo, a boa intenção era, sempre, redentora de eventual injustiça ou arbitrariedade).

destinados, sem distinções, crianças/adolescentes abandonados ou delinquentes (MÉNDEZ, 2001).

116 Aliás, essa recente história da evolução do direito infanto-juvenil explica a importância decisiva (e não meramente auxiliar) conferida, ainda, aos pareceres dos profissionais das áreas da Saúde e do Serviço Social nas demandas que tramitam na Justiça da Infância e da Juventude; importância esta que, por óbvio, não deve ser desmerecida, mas que, entretanto, não deveria substituir a função de julgar, para a qual se exige, também, uma mínima observância ao ordenamento jurídico próprio. Nesse sentido, vale transcrever o alerta de Méndez: *"Historicamente, e amparado no conceito de interdisciplinariedade, a 'velha pedagogia' permeou cada milímetro do (não) direito de menores. Psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, entre outros, transitaram e transitam com naturalidade nas instâncias da velha (e nova) justiça para a infância. Talvez tenha chegado a hora de os operadores da defesa técnica (advogados públicos ou particulares) começarem a transitar com a mesma naturalidade nos espaços de tratamento e reabilitação. Para uma pedagogia das garantias (que é a única forma que pode assumir a pedagogia no contexto do novo direito da infância), a pertinência jurídica do sujeito de uma medida socioeducativa constitui o primeiro requisito para considerar, só posteriormente, a bondade ou maldade intrínseca à medida pedagógica"* (2001, p. 31).

117 Novamente, merece transcrição a análise de Méndez, para quem *"[...] estas transformações se referem, especialmente, à redução da capacidade onímoda para diagnosticar discricionalmente a existência e características da 'disfunção' social ou individual. As metáforas da medicina cada vez dão menos conta da nova situação. O passo de considerar os adolescentes em conflito com a lei penal, de uma vaga categoria sociológica que comete fatos anti-sociais (situação irregular), a uma precisa categoria jurídica que comete infrações penais, típicas, antijurídicas e culpáveis (proteção integral), constitui um exemplo bem representativo desta situação"* (2001, p. 30).

E esse movimento de negação do novo modelo permanece vivo e gerando efeitos(alíás, inconstitucionais efeitos), conquanto o fim do esteio normativo da doutrina tutelar tenha ocorrido há quase duas décadas.

Na visão de Méndez(2001), existe uma crise de implementação¹¹⁸ do novo paradigma – acolhido, nos detalhes, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – que decorreria de uma crise anterior de interpretação.

Referida crise interpretativa, consoante o predito doutrinador, consubstancia-se na formação de uma corrente de pensamento por ele denominada “neomenorismo”, conceituada como a ambígua¹¹⁹ posição assumida por aqueles que, em geral havendo participado do processo de derrogação das velhas leis de menores e de sua substituição por leis baseadas na Doutrina da Proteção Integral, pretendem, hoje, um uso tutelar e discricionário da legislação garantista(MÉNDEZ, 2001).

A dificuldade de assimilação do novo modelo justamente por aqueles encarregados de aplicá-lo exsurge como significativo problema para a sua concretização. Nessa senda, os antidemocráticos opositores da doutrina(positivada) da proteção integral apegam-se, sobretudo, à diferença entre a previsão normativa(plano do dever ser) e a dura realidade social dos países latino-americanos, afirmando, em suma, ser impossível a efetivação do novo paradigma pela insuficiência da máquina estatal e do escasso respaldo que pode obter da sociedade civil.

Aqui, é preciosa lição de Méndez, estribada em sua militância como consultor do UNICEF(Fundo das Nações Unidas para a Infância), quando critica o que denomina de enfoque “substancialista” do Direito:

118 Oportuna, aqui, a lição de Norberto Bobbio(1992), no sentido de que o problema atual não é filosófico, mas, sim, jurídico e, também, político, na medida em que o ponto nodal não se limita a identificar quais são e quantos são os direitos titulados, ou a historiar as suas origens e fundamentos. Na realidade, o problema mais significativo, hodiernamente, é a definição dos modos de concretizar/efetivar esses já reconhecidos/declarados direitos, visando a impedir a sua constante violação ou o simples descaso para com eles.

119O paradigma da ambiguidade encontra seus representantes naqueles que, embora mantenham o discurso que refuta o normativamente extinto modelo tutelar, não acompanham, efetivamente, as transformações(e as limitações de poder) decorrentes da mudança do paradigma, possivelmente motivados por um apego às antigas práticas discricionárias que imperavam nas lides atinentes aos temas infanto-juvenis(MÉNDEZ, 2001).

O enfoque “substancialista” se caracteriza por sustentar, objetivamente, uma grosseira versão materialista do direito, herdada do marxismo mais vulgar. Assim, ao direito, dimensão abstrata e ideológica, se opõe a ação concreta sobre a realidade social. O direito, neste caso, deve ser “reflexo fiel da realidade”. Como Funes, o memorioso, do maravilhoso relato de Borges, cujas recordações de um dia eram tão minuciosas que duravam exatamente um dia, o enfoque “substancialista” exige que o direito seja (para não ser abstrato e ideológico) um fiel reflexo da realidade. Em vez de ser um programa de ação futura e um instrumento para conseguir o que ainda não é, se o direito deve refletir a realidade, então somente pode e deve existir quando já não é mais necessário (2001, p. 27).

E é na contextualização desse ambiente conturbado que se deve proceder ao exame do alcance prático do princípio do melhor interesse da criança como fundamento de julgar.

Nesse norte, embora não se vislumbre tal intenção dos redatores da Convenção de 1989, é forçoso reconhecer-se que a norma posta no artigo 3.1 tem servido de instrumento para reforçar a predita crise de interpretação do novo paradigma.

No dizer de Saraiva(2006), o princípio do melhor interesse – por ele denominado superior interesse – tem produzido, em nome do amor, graves situações de injustiça.

Conforme o citado autor, esteado em sua larga e reconhecida experiência acadêmica e forense na matéria,

[...] dado o contexto original em que surgiu este princípio e a indeterminação quanto ao seu conteúdo, muitos estimam que sua utilidade prática é nula ou mínima no contexto atual de reconhecimento de direitos específicos para as crianças e os adolescentes e, em consequência, chegam a manifestar que havia sido preferível não incluí-lo no texto da Convenção. De fato, é fácil encontrar no funcionamento concreto dos chamados sistemas tutelares de menores alusões pseudo-doutrinárias a um intangível interesse ou bem-estar do menor, que se invoca como justificção última de todo o tipo de decisão(2006, p. 42).

Em idêntica trilha, O'Donnel, em seu artigo intitulado *La Convención sobre los Derechos del Nino: estructura e contenido*(*apud* Cillero B., 1999), faz menção a posições críticas que sublinhavam que o princípio do superior interesse debilitava a força da Convenção de 1989, enquanto afirmação da qualidade de sujeito de direitos

da criança, porquanto condicionava o gozo e o exercício dos direitos nela consagrados a eventuais conflitos com este “interesse superior”.

Com efeito, fazendo uso da percuciente metáfora formulada por Julio Cortes Morales(*apud* SARAIVA, 2006), o princípio do melhor interesse tem sido, muitas vezes, empregado como instrumento da doutrina tutelar para fundamentar decisões à margem dos direitos reconhecidos à população infanto-juvenil, constituindo um verdadeiro “Cavalo de Tróia”¹²⁰ a serviço da Doutrina da Situação Irregular.

Em outra figuração, poder-se-ia comparar o princípio do melhor interesse, sob a ótica “neomenorista”, como um portal, permitindo o regresso ao modelo prístino e extinto no plano normativo.

Realmente, o caráter vago e etéreo do texto contido no artigo 3.1 da Convenção, bastante assemelhado ao teor do artigo 5º do revogado Código de Menores, permite seja ele interpretado – ainda que de modo estrito, sem visão sistemática – como a ressurreição do “prudente arbítrio”, servindo de explicação para a não-aplicação de normas incorporadas pela Doutrina da Proteção Integral.

Nessa esteira, Paula, ao comentar a ausência de dispositivo semelhante no Estatuto da Criança e do Adolescente(do qual foi um dos redatores), menciona que a supressão dessa previsão na nova legislação visava, precisamente, a evitar a reprodução do paradigma da aplicação/interpretação ilimitada¹²¹, uma vez que “[...]”

¹²⁰O emprego da mencionada expressão – assim como o termo popular “presente de grego” – refere-se a específico episódio da guerra entre gregos e troianos. Conta a *Ilíada*, de Homero(2001), que Páris, o rei de Tróia, cobiçou e raptou Helena, esposa do rei de Esparta, provocando com isso a ira dos gregos. Estes, então, armaram-se e velejaram em direção ao reino de Páris a fim de trazer Helena de volta. Com isso, teve início a guerra. O cerco a Tróia estendeu-se por dez anos, sem que os gregos alcançassem êxito no rompimento dos muros da cidade. Diante disso, decidiram pôr em prática uma idéia de Ulisses e construíram um gigantesco cavalo oco de madeira e o abandonaram a poucos metros das portas de Tróia. Depois, esconderam-se, fingindo uma retirada. Julgando que os seus adversários tinham desistido, os troianos introduziram na cidade o imenso cavalo de madeira que trazia escondido em seu ventre soldados gregos. Na madrugada do mesmo dia, enquanto os troianos dormiam, os gregos saíram de dentro do cavalo e abriram as portas da cidade para o resto do exército. Com esse engenhoso ardid os gregos conseguiram vencer a guerra. Por conseguinte, o emprego figurativo do Cavalo de Tróia exprime a noção de uma manobra insidiosa.

¹²¹No escólio de Paula, “[...] *Se o Direito do Menor, baseado na concepção de que o juiz deveria se comportar como um bom pai de família, sempre buscando a melhor solução para seus filhos, arrimado na citada e revogada regra de que 'a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado'*, acabou por disseminar a falsa ideia de que tudo era possível no processo, ainda que arrostassem garantias fundamentais do cidadão, como o contraditório e a ampla defesa, o Direito da Criança e do Adolescente não contempla

dela se abeberavam todos aqueles que não encontravam justificativas para suas medidas arbitrárias e interventivas” (2002, p. 101).

Por isso deve-se concordar que, no plano ideal, melhor seria que o indigitado dispositivo convencional não tivesse sido escrito, visto que sua ausência não diminuiria o conteúdo integral daquele diploma normativo, mas sua presença gera uma sensível dificuldade na implementação da Convenção como instrumento do novo paradigma.

Entretanto, ante a validade e vigência do referido princípio, não seria produtor o mero lamento. O problema está posto e demanda solução.

Nesse rumo, o jurista Miguel Cillero Bruñol, consultor, também, do UNICEF, apresenta, no âmbito latino-americano, reconhecida abordagem sobre o modo de interpretação e aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Cillero B., analisando o mencionado princípio sob o marco da Convenção de 1989, alude à existência de uma crença de que o melhor interesse (superior interesse) da criança é uma diretriz vaga, indeterminada e sujeita a múltiplas interpretações, constituindo uma espécie de escusa para a tomada de decisões alheias ao sistema de garantias e direitos reconhecidos.

Preocupado com essa constatação, o citado autor pretendeu trazer à discussão hermenêutica uma concepção garantista que promova a conciliação entre o melhor interesse da criança e a proteção efetiva de seus direitos.

Nesse sentido, o predito princípio – contextualizado na prática-problemática – assume notável importância naqueles ordenamentos jurídicos que viam ou veem as crianças e os adolescentes como meros objetos dependentes de seus pais ou da arbitrariedade da autoridade estatal.

Contudo, em um sistema jurídico nacional estribado na noção de que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, o princípio deve ser instrumento para o resguardo desses direitos declarados.

Assim, afastar-se-ia a visão do princípio como mero “inspirador” das

nenhuma norma da qual possa retirar tão absurda ilação”(2002, p. 104).

decisões da autoridade, tornando-o um fator limitador de caráter imperativo para o aplicador/intérprete.

No preciso magistério do jurista chileno:

A partir do reconhecimento explícito de um catálogo de direitos, superam-se as expressões programáticas do interesse superior da criança e é possível afirmar que o referido interesse é a plena satisfação dos seus direitos. O conteúdo dos princípios são os próprios direitos; interesse e direitos, neste caso, identificam-se. Todo o interesse superior passa a estar mediado por referir-se estritamente ao direito declarado; por sua vez, somente aquilo que é considerado direito pode ser interesse superior(1999, p. 53).

Nesse contexto, o princípio serviria de obstáculo ao paternalismo¹²² e à discricionariedade estatal, impondo-lhe o respeito aos direitos reconhecidos na própria Convenção e no ordenamento jurídico de cada Estado.

Porém, o próprio autor admite que essa função do princípio do melhor interesse poderia ser tida, em tese, como supérflua, na medida em que o dever de julgar/decidir em consonância com os direitos fundamentais das crianças resultaria de todo evidente pela análise sistemática do texto da Convenção. Observa ele, no entanto, que a história da relação da infância com o sistema de políticas públicas e de justiça revela que esta reafirmação não é nada supérflua, senão é permanentemente necessária devido à tendência generalizada de desconhecer os direitos da criança como um limite e uma orientação às ações das autoridades e dos adultos em geral¹²³.

122 Para o jurista italiano Luigi Ferrajoli: *“O tradicional paradigma paternalista do direito de menores é, de fato, por sua natureza informal e discricionário, sempre consignado a um suposto poder 'bom' que invariavelmente atua pelo 'interesse superior do menor'. É justamente este pressuposto o que foi dramaticamente desmentido pela realidade, tendo se transformado de fato na ausência absoluta de regras, que possibilitou e legitimou os piores abusos e arbitrariedades[...]. Em nossa tradição jurídica, ao paternalismo próprio do direito de menores sempre correspondeu um paternalismo equivalente nos métodos de produção, entregue a 'técnicos' e 'especialistas' imbuídos geralmente de preconceitos e lugares comuns ocultos atrás de fórmulas retóricas tais como a 'situação irregular' ou o 'interesse superior do menor’”(2001, p. 10).*

123 Cabe registrar que, nas recentes codificações sobre a infância e a juventude do Uruguai e da Argentina, já sob o marco da Doutrina da Proteção Integral, há dispositivos específicos para delimitar o alcance hermenêutico do princípio do interesse superior, que estaria adstrito a uma redundante observância dos direitos reconhecidos na legislação(artigo 6º do Código de La Niñez y la Adolescencia do Uruguai – Lei nº 17823/2004(*“Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste em el*

Em síntese, para Cillero B., a proposta de solução do problema hermenêutico passa pela identificação de uma absoluta equivalência entre o conteúdo do interesse superior da criança e os direitos fundamentais da criança reconhecidos pelo Estado de que se trate. “*Deste modo, é possível afirmar que o interesse superior é, nada mais nada menos, que a satisfação integral de seus direitos*”(1999, p. 58), ostentando o princípio a qualidade de garantia de que toda a decisão relativa às crianças e aos adolescentes deve considerar, primordialmente, seus direitos.

No mesmo passo, Freedman(2005), em artigo específico acerca das funções normativas do melhor interesse da criança – *superior interés del niño* na versão espanhola – corroborou o conceito garantista de Cillero, numa visão do princípio com conteúdo de satisfação de todos os direitos da criança.

Contudo, o jurista argentino vai além, propondo interpretar o princípio como uma incumbência do Estado de privilegiar determinados direitos das crianças frente a situações conflitantes, nas quais o Estado deva restringir ou limitar direitos individuais ou interesses coletivos. Deste modo, o princípio teria conteúdo normativo específico, implicando que determinados direitos das crianças são de um “interesse superior” ao contrapor-se com outros direitos individuais e certos interesses coletivos.

Vê-se, portanto, que, a exemplo de Cillero, Freedman assinala a função de ponderação do predito princípio, servindo de fundamento para a preponderância, no caso concreto, de um direito que esteja em colisão com outro direito.

Entretanto, o autor relativiza a prevalência dos direitos das crianças sobre demais direitos ou interesses de terceiros, asseverando que a Convenção reconhece certos direitos sem estabelecer limitações, criando uma espécie de

reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menosacabo de tales derechos) – e artigo 3º da Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños e Adolescentes da Argentina – Ley nº 26.061/2005(“*A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”). Todavia, essa tautologia aparentemente desnecessária foi norteadada pela história de desrespeito dos direitos e garantias expressamente consagrados desde a adoção da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, tendo o caso brasileiro servido de exemplo para a cautela tomada pelos legisladores uruguaios e argentinos.

“núcleo duro” que estaria composto pelos direitos fundamentais à vida, à nacionalidade, à identidade, à liberdade de pensamento e de consciência, à saúde, à educação, a um nível de vida adequado, ao descanso, ao lazer, a realizar atividades próprias de sua idade e às garantias próprias do direito penal e do processo penal.¹²⁴

Contudo, há outros direitos declarados na Convenção que são objeto de exceções ou limitações no próprio texto convencional.¹²⁵

124 Para melhor visualização do tema, transcrevem-se os artigos da Convenção de 1989 que preveem direitos sem a menção a limitações ou exceções dentro do próprio texto:

“Art.6. 1- Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

Art.7. 1- A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2- Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com a legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança tornar-se-ia apátrida.

Art. 8. 1- Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito a criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferência ilícitas.

Art.14. 1- Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

Art. 24. 1- Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança veja-se privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

Art. 27. 1- Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

Art. 28. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito[...]

Art. 31.1- Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

Art. 40. 1- Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança, a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e valor, e fortalecerão o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.”

125 Transcrevem-se, também, os artigos da Convenção que declaram direitos da criança, com suas respectivas reservas no próprio texto:

“10.2- A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e com contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair do país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas, e que estejam de acordo com os demais direitos

Assim, Freedman aduz que, quando a Convenção estabelece que um direito da criança cede ante o melhor interesse da criança, está dispondo que determinados direitos podem ser restringidos em benefício de garantir a eficácia de direitos de maior hierarquia. Deste modo, relativizam-se certos direitos visando a garantir os direitos considerados superiores dentro do sistema normativo desenhado, ou seja, aqueles incorporados ao denominado “núcleo duro”.

Nesse cenário, o princípio do melhor interesse da criança, como pauta interpretativa, permitiria solucionar conflitos entre os direitos consagrados na Convenção, dando privilégio a determinados direitos que a própria Convenção entende como superiores, afastando-se a invocação do melhor interesse da criança para limitar, discricionariamente, seus direitos sem proteger ao mesmo tempo os direitos fundamentais consagrados na Convenção.

No dizer do autor, à guisa de conclusão, “[...] *qualquer limitação a um direito da criança invocando o interesse superior deverá fundamentar a proteção efetiva de um direito pertencente ao ‘núcleo duro’ da Convenção*”(Freedmann, 2005, p. 04).

O mérito das propostas de Cillero e de Freedman reside na defesa, historicamente fundamentada(e contextualizada), da aplicação/interpretação do princípio do melhor interesse em conformidade com o texto integral da Convenção.

Essa noção conduz à conclusão de que o princípio posto no artigo 3.1 da predita Convenção deve ser visto como uma garantia adicional de respeito e efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos e amparados pela Doutrina da

reconhecidos pela presente Convenção.

13. 1- A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou de qualquer outro meio escolhido pela criança. 2- O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

14.3- A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Art.15 1- Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas. 2- Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção dos direitos dos demais.”

Proteção Integral.

Interpretação diversa, permitindo, no caso concreto, a desconsideração discricionária de qualquer dos direitos catalogados, implicaria, sob a ótica dessa doutrina especializada, a negação da própria Convenção, que restaria reduzida a uma “carta de intenções” de caráter programático e não-vinculativo.

Entretanto, e lamentavelmente, esse receio não se limita ao plano hipotético, encontrando confirmação na dura e atual realidade das lides forenses, como se pretende demonstrar na etapa seguinte deste trabalho, em que se buscará constatar o uso do princípio do melhor interesse a serviço de um especial decisionismo – tolhedor de direitos e garantias constitucionais expressas –, caracterizado pela ação do aplicador/intérprete sem a mínima consideração acerca do direito positivo vigente.

Em suma, tenciona-se demonstrar que, conquanto tenha ocorrido a cristalina ruptura do paradigma jurídico, não se mostra tão tranquila a sua transposição para a práxis judicativa.

4 A APLICAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE: O EXAME DOS PRECEDENTES

Adentrando em um eixo prático, neste capítulo serão analisadas e comentadas decisões judiciais na seara da Justiça da Infância e da Juventude que empregaram, implícita ou explicitamente, o princípio do melhor interesse da criança como fundamento – todas elas proferidas no âmbito da Justiça Estadual Gaúcha –, sublinhando-se que os casos foram selecionados tendo por norte sua notável reiteração, identificada na pesquisa jurisprudencial, servindo, assim, de exemplo das repercussões reais do problema atinente à aplicação/interpretação do citado princípio.

4.1 Precedentes nos processos judiciais para apuração de atos infracionais

4.1.1 A escolha da medida socioeducativa sem consideração da proporcionalidade da resposta estatal

O caso ora examinado encontra-se retratado nos autos do processo de execução de medida socioeducativa nº 10.482, que tramitou no Juizado da Infância

e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul-RS.

Em resumo, o adolescente João¹²⁶, então com treze anos de idade, foi acusado da prática do ato infracional de lesões leves, na forma do artigo 129, *caput*, do Código Penal¹²⁷, visto que teria desferido chutes e pontapés contra outro adolescente nas proximidades de uma escola pública, ocasionando algumas escoriações constatadas no auto de exame de corpo de delito.

A representação foi ofertada pelo Ministério Público e, durante a tramitação do feito, formulou-se pedido de internação provisória/cautelar do representado, constando do requerimento a argumentação no sentido de que a segregação se fazia necessária, visando a preservar o melhor interesse de João, como forma de protegê-lo, uma vez que vivia em ambiente familiar e social desestruturado, constando o relato de sua genitora dando conta de que o filho vivia nas ruas desde os cinco anos de idade e não era aceito em nenhuma escola.

O pedido de internação provisória foi acolhido, reportando-se a decisão aos fundamentos apresentados pelo *Parquet*, reiterando o caráter protetivo da providência cautelar tomada.

Sobreveio, então, a sentença de mérito, que, após a análise das provas atinentes à materialidade e à autoria do ato infracional, julgou procedente a pretensão socioeducativa, aplicando a João a medida de internação em estabelecimento educacional, ante a prática de conduta tipificada no artigo 129, *caput*, do Código Penal, reiterando a fundamentação no sentido de que aquela seria a melhor medida para atender aos interesses e às circunstâncias pessoais de João.

A Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento em acórdão unânime da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹²⁸, restando mantida a medida socioeducativa de internação em sucinta fundamentação:

¹²⁶ Todos os nomes de crianças e adolescentes referidos neste capítulo são fictícios e buscou-se, nas narrativas, excluir-se qualquer circunstância que permitisse a identificação dos envolvidos.

¹²⁷ Art. 129, *caput*, do Código Penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

¹²⁸ Recurso de Apelação Cível nº 70007968076(disponível em www.tj.rs.gov.br).

Ademais, a questão não se limita ao ato em sua essência, qual seja um soco no olho e um pontapé no estômago da vítima, eis que a infração praticada pelo adolescente, analisada conjuntamente com a certidão de antecedentes(fl. 87)¹²⁹ e o próprio depoimento da sua genitora, mostra que é contumaz na prática de ilícitos que resultem em lesões a terceiros. Correta, pois, a aplicação de medida socioeducativa de internação.

Esta, portanto, foi a justiça aplicada ao caso concreto, esteada no princípio do melhor interesse do adolescente, visando, expressamente, à sua segregação como forma de proteção e orientação.

No entanto, a decisão ora em comento, afirmada pelo sentenciante e reforçada pelo Câmara Recursal, restou por afastar a incidência de normas jurídicas de previsão específica para o caso, que foram desconsideradas para que prevalecesse aquele que, segundo a visão dos julgadores, seria o melhor interesse de João.

Nesse norte, cumpre observar que a leitura restrita, sem visão integrativa do sistema, poderia ensejar a interpretação de que a conduta cometida pelo adolescente – lesões leves decorrentes de uma briga – permitiria, sim, a imposição da medida socioeducativa extrema de internação em estabelecimento educacional, com estribo no artigo 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁰, uma vez que a ação de João foi cometida com violência à pessoa.

No mesmo sentido, Saraiva(2006), com o fito de evitar interpretações com esse viés, reclama a imediata revisão do mencionado dispositivo, asseverando que, em uma exegese literal, o teor do inciso I do art. 122 do Estatuto autorizaria a possibilidade de internação de um adolescente por uma lesão corporal leve, colocando-o em clara desvantagem em relação aos imputáveis, mormente após o advento da Lei nº 9.099/1995(de nítida intenção despenalizadora no tocante aos

129 Em realidade, os antecedentes noticiados referiam-se a uma anterior acusação de ato infracional contra o patrimônio em relação à qual o adolescente foi absolvido. Assim, tecnicamente, não havia antecedentes.

130 “Art. 122 A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.”

delitos qualificados como de “menor potencial ofensivo”, como é o caso do crime de lesões leves).

Entretanto, ainda que mantido o texto atual do citado inciso, essa interpretação pontual não se sustenta à vista das demais normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e na própria Convenção Sobre os Direitos da Criança.

Ressalte-se que a grave medida socioeducativa de internação está expressamente limitada pelo princípio da excepcionalidade, previsto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal¹³¹ e repetido no artigo 121, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³².

Assim, a simples análise desses dispositivos é suficiente para alcançar a conclusão de que um ato infracional de lesões de natureza leve, produzidas em banal discussão havida entre dois adolescentes, não justificaria a privação da liberdade de João.

Evidente, também, a desproporção da resposta estatal, restando desconsiderado, com isso, o previsto no artigo 112, parágrafo primeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina a observação da gravidade do ato infracional quando da escolha da medida socioeducativa a ser imposta.¹³³

Conforme Konzen(2005), o legislador, ao introduzir o critério da proporcionalidade, restou por adotar a finalidade retributiva da medida socioeducativa, resultando a lógica de que o ato infracional grave está a exigir medida mais grave, e o ato infracional leve, medida menos grave.

Assim, *“funciona a proporcionalidade como saudável critério de retributividade, não para fixar o tempo da providência, como ocorre com os imputáveis maiores de idade, mas para fixar a melhor medida.”*(Konzen, 2005, p. 88).

131 Art. 227, § 3º, inciso V: “O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] 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.”

132 Art. 121, *caput*. “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

133 Art 112, § 1º, do Estatuto: “A medida a ser aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.”

Importante referir, ainda, a observação de Saraiva(2006) no sentido de que, ao negar-se aplicação às normas processuais e materiais mais benéficas previstas na Lei nº 9.099/95 – em especial aquelas que estabelecem a necessidade de representação da vítima e a possibilidade de composição civil e de transação penal –, acabam os adolescentes em conflito com a lei sendo tratados com mais rigor do que aquele direcionado ao adulto nos chamados “delitos de menor potencial ofensivo”, violando, frontalmente, o exposto no art. 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil)¹³⁴, que afirma que a conduta que não se considera delito para um adulto, ou que não seja punida se praticada por um imputável, não deva ser considerada para um adolescente.

Vê-se, pois, que a decisão em exame exemplifica a manutenção do antigo paradigma tutelar na prática judicativa, com a invocação do princípio do melhor interesse nos mesmos moldes e para o mesmo desiderato previstos no revogado artigo 5º do Código de Menores de 1979, ou seja, para perpetuar a “prudente” arbitrariedade do Poder Judiciário nas questões afetas à população infanto-juvenil¹³⁵.

Oportuna, nesse aspecto, a descrição feita por Amaral e Silva da realidade existente sob à égide do modelo tutelar, mas que se ajusta ao presente caso concreto:

A “tutela” e os bons propósitos do superior interesse do “menor” não permitiam falar em delinquência juvenil. Não se admitia que o “menor” fosse estigmatizado pela sentença penal. Exorcizava-se o juízo criminal pelos aspectos “retributivo” e “punitivo”, mas “encaminhavam-se” crianças e adolescentes a celas iguais às da pior carceragem, sem garantir um dos mais elementares direitos da pessoa humana, o devido processo legal.

134 “Art. 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.”

135 Amaral e Silva(2009), refere que uma das maiores preocupações das organizações de defesa dos direitos humanos está vinculada à ausência de critérios para a submissão de adolescentes a medidas socioeducativas de privação de liberdade como resposta estatal para condutas de menor gravidade. O citado autor aponta um levantamento realizado pelo Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça que confirma o fenômeno, que se deve a aplicação/interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente com o olhar da Doutrina da Situação Irregular.

Garantias como tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência, proporcionalidade eram ignoradas, tudo em nome do “superior interesse do menor”. Afastava-se o estigma da sentença e da justiça criminal, mas sem o devido processo, “menores” pobres eram esquecidos em depósitos e masmorras. Eram os eufemisticamente chamados Centros de Recepção, Triagem e Observação, Centros de Recuperação e outras denominações “capazes de afastar todo e qualquer estigma”. As respostas pela delinqüência juvenil não se atinham aos critérios da legalidade e da proporcionalidade. Casos atípicos, em que adultos jamais seriam privados de liberdade, resultavam em “internações”, ou seja, reclusões, em muitos casos, mais severas e desumanas que as impostas a temíveis criminosos adultos.(2009, p. 2).

Em resumo, voltando ao caso concreto, se João, à época do ato a ele imputado, já possuísse a maioridade penal, possivelmente não seria processado, por falta de condição de procedibilidade(a representação da vítima) e, se processado fosse, certamente não obteria como resposta sua privação de liberdade, visto que teria em seu favor um sistema de garantias expresso em normas específicas na seara penal; normas estas que, na essência, são repetidas na esfera infracional, mas que os operadores do direito se permitem desconsiderar em prol do melhor interesse do adolescente.

4.1.2 A aplicação da medida socioeducativa de internação por analogia *in malam partem*

O precedente ora examinado encontra-se no bojo do processo para apuração de ato infracional nº 15.256, que tramitou, também, no Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias do Sul.

Em síntese, o adolescente Pedro, que não possuía antecedentes infracionais, foi apreendido em flagrante na companhia de um adulto que transportava certa quantidade de cocaína, havendo a preliminar configuração do ato infracional de tráfico de entorpecentes.

Foi ajuizada representação com pedido de internação provisória, tendo por esteio dois fundamentos: o primeiro, a extrema gravidade do ato, equiparado, na legislação penal, aos crimes hediondos; e o segundo, a necessidade de segregação

do jovem para sua proteção, porquanto estaria no convívio de pessoas perniciosas e altamente perigosas, haja vista que fez uso do direito ao silêncio quando ouvido pelo Ministério Público, a demonstrar, presumidamente, que estaria com medo de pessoas ainda não identificadas (termos expressamente utilizados na promoção ministerial).

Recebida a representação, foi indeferido o pedido de internação provisória, com esteio no rol taxativo previsto no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na total ausência de comprovação do alegado risco que o adolescente estaria a sofrer em liberdade.

Interposto recurso de agravo de instrumento, reprisando o *Parquet* os mesmos argumentos do primitivo requerimento, sobreveio decisão monocrática da Câmara Recursal que deu provimento ao recurso¹³⁶, afastando a necessidade de exame pelo colegiado, ante a alegada “orientação jurisprudencial harmônica da Corte”, em uma interpretação bastante extensiva do disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.¹³⁷

Como fundamentos para a decisão liminar de provimento do recurso, o Juízo *ad quem* asseverou que

[...] a infração imputada ao adolescente está dentre aquelas consideradas graves, pois, fazendo-se um paralelo com o previsto na legislação penal a respeito, verifica-se que nesta o tráfico de entorpecentes está rotulado como crime hediondo, ou seja, modalidade de delito que, pela repercussão dele decorrente, enseja maior repreensão e rigor.

Além disso, o julgador do segundo grau acolheu a tese “protetiva” do recorrente, vendo na internação, mesmo provisória, uma forma de preservar os

136 Agravo de Instrumento nº 70012859641 (disponível em www.tj.rs.gov.br).

137 Art. 557, § 1º-A do Cód. De Proc. Civil: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” Aliás, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça têm rumado no sentido oposto, considerando ilegal a internação de adolescentes, sem antecedentes infracionais, acusados da prática de tráfico ilícito de entorpecentes (RHC 8908 – HC 10.294 – RHC 10.177), com o que o recurso poderia ter tido desfecho inverso, ou seja, com a negativa do seu seguimento, em decisão monocrática, com supedâneo no *caput* do predito artigo 557.

interesses do adolescente que ficou silente¹³⁸, indicando temor de represálias de eventuais parceiros celerados.

Assim, restou o adolescente Pedro internado de forma provisória, para, ao fim e ao cabo, ser posto em liberdade passado pouco mais de um mês, com a anuência do Ministério Público, pela impossibilidade de término da colheita da prova dentro do prazo máximo de segregação cautelar.¹³⁹

Ora, tendo em conta o disposto no citado artigo 122 do Estatuto, com especial relevo ao advérbio só (sinônimo de unicamente, exclusivamente), não há margens para dúvidas de que as hipóteses nele contidas de segregação (cautelar ou definitiva) constituem *numerus clausus*, ou seja, são taxativas, não permitindo ampliação¹⁴⁰.

Por conseguinte, tem-se por insustentável o alargamento dessas hipóteses, visto que, *in casu*, a interpretação seria de negação da norma, agregando-se novos casos de privação de liberdade sem qualquer amparo na lei de regência.

No mesmo sentido, o emprego de uma analogia com a seara penal, com o desiderato de tolher o direito de liberdade do adolescente apontado como infrator, mostra-se despido de pertinência por duas razões suficientes por si só: a primeira refere-se à ausência de motivo para o emprego de uma analogia, que pressupõe uma lacuna normativa, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente possui norma específica e exauriente sobre o tema; a segunda razão funda-se na impossibilidade, de qualquer modo, de emprego de uma analogia *in malam partem*, ou seja, que venha a desfavorecer o acusado, imputável ou inimputável.

138 Ainda que não tenha vinculação imediata com o objeto de investigação deste trabalho, merece menção o fato de que o julgador de segundo grau, acolhendo a tese do recorrente, restou por emprestar efeitos negativos/desfavoráveis ao exercício do direito constitucional de permanecer calado – art. 5º, LXIII –, que serviu de expresse fundamento para a privação da liberdade do jovem acusado; circunstância esta que, certamente, não teria trânsito nas lides penais.

139 Art. 108, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45(quarenta e cinco) dias.”

140 Cabe observar que, efetivamente, a absoluta impossibilidade da aplicação da medida de internação em casos de ato infracional de tráfico de entorpecentes não se mostrou a melhor opção legislativa, se comparada com o grave tratamento dado ao tema na esfera penal. Porém, havendo lei vigente, tal constatação não pode ultrapassar o plano da mera crítica, não servindo para descumprir a norma jurídica para o efeito de restringir a liberdade do adolescente infrator, ferindo-se o princípio da legalidade estrita, numa espécie de direito alternativo às avessas.

Nesse rumo, Flávio Américo Frasseto(2006), Defensor Público paulista com longa militância na Justiça da Infância e da Juventude, em artigo específico sobre essa temática, ressalta que muitos juristas, ainda voltados para a doutrina tutelar ultrapassada, ainda não se aperceberam que, com o advento do novo paradigma, a medida de internação passou a ser regida pelo princípio da legalidade estrita, em razão do qual somente pode ser ela aplicada nos casos previstos em lei, nas hipóteses definidas previamente, para situações de fato precisas, não tendo o magistrado, neste terreno, espaço para um agir discricional.

Saraiva sinala, ainda, a necessidade da consideração de que um ato infracional somente poderá ensejar internação provisória se for apto a ensejar internação definitiva:

Não será possível suprimir a liberdade do adolescente enquanto suspeito se de antemão se constata que, se afirmada sua responsabilidade ao final da apuração do processo, não se configurará hipótese legal de internamento, tendo em vista os limites impostos pelo art. 122. Se vedada a possibilidade de privação de liberdade após apurada a responsabilidade, com maior razão vedada estará enquanto mero suspeito de certa conduta que, se afirmada, não poderá resultar em privação de liberdade.(2006, p. 100).

Evidencia-se, por conseguinte, que o decreto de internação de Pedro restou por negar vigência ao disposto no mencionado artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente(existente para, precisamente, evitar abusos repressivos), com suporte na gravidade do ato infracional (por analogia com o conceito de crime hediondo) e amparado – no que mais interessa a este trabalho – na pretensa proteção dos interesses do adolescente, que estaria vivendo em ambiente perigoso e pernicioso.

4.1.3 A procedência da pretensão socioeducativa em face de adolescente acometido de doença mental

O terceiro caso objeto de análise refere-se ao processo nº 1285246, que tramitou no Primeiro Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de

Porto Alegre¹⁴¹.

Em suma, foi imputada ao adolescente Carlos a prática do ato infracional de atentado violento ao pudor – coito anal – cometido contra uma criança de seis anos de idade.

Ajuizada a representação e determinada a internação provisória de Carlos, foi realizada avaliação psiquiátrica pela equipe da entidade onde o adolescente estava recolhido, identificando-se a incapacidade do adolescente para entender o caráter ilícito de sua conduta.

Com esteio na prova oral – que comprovou a materialidade e a autoria do ato – e na predita avaliação psiquiátrica, o sentenciante, conquanto tenha julgado procedente a pretensão inicial, deixou de impor uma medida socioeducativa, optando por aplicar tão-somente a medida protetiva de tratamento psiquiátrico em regime hospitalar, remetendo-se sua execução para o Juízo competente, na Comarca da Capital, para cumprimento de medidas socioeducativas.

Houve a interposição de recurso de apelação, sobrevindo decisão desconstitutiva da sentença, visando à elaboração de laudo psiquiátrico por profissional nomeado pelo Juízo, constando do acórdão que:

[...] aplicando-se analogicamente o disposto no art. 26 do Código Penal à esfera menorista, se o adolescente ao praticar o ato infracional era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, deve ficar isento de medida socioeducativa e receber medida de proteção. Se não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, a medida socioeducativa pode ser substituída pela medida de proteção, por aplicação analógica do art. 98 do Código Penal”¹⁴².

Retornando os autos à origem, foi prolatada nova sentença que, reiterando os fundamentos fáticos do anterior *decisum*, julgou procedente a representação e impôs medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional.

Nesta segunda sentença, houve expressa menção da ausência de local

¹⁴¹ As decisões comentadas neste item encontram-se reproduzidas, na íntegra, na Revista do Juizado da Infância e da Juventude, ano II, nº 2, publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas(2003).

¹⁴² Apelação Cível nº 70004795159.

adequado para tratamento, com contenção, do adolescente com transtorno mental, sublinhando a informação de que, pela primeira vez em sua vida, o adolescente recebera o atendimento a que tinha direito, gratificando-se dos resultados obtidos.

Assim, a segunda – e última – sentença consolidou a situação do adolescente, o qual, durante todo o curso do processo, que tramitou por cerca de um ano, permaneceu internado em estabelecimento vinculado à Fundação de Assistência Sócio-Educativa(FASE, sucessora da antiga FEBEM).

Saliente-se que, apesar da não-referência expressa ao princípio objeto deste trabalho, a sentença que, finalmente, desatou a lide teve por fundamento-guia a preservação dos interesses do adolescente Carlos, optando por manter a situação fática posta desde a sua internação provisória, com suporte em notícias de seu progresso dentro da instituição, ainda que essa decisão tenha colidido com a determinação da Câmara Recursal, acima transcrita.

Entretanto, conquanto o tema seja alvo de viva controversa, tem-se que a predita decisão não encontra amparo nas normas de regência.

Cabe, neste ponto, uma rápida consideração acerca do histórico evolutivo da legislação brasileira relativa à responsabilização das crianças e dos adolescentes pelos atos delinquentes praticados.

No Código Criminal do Império, vigente a partir de 16 de dezembro de 1830, não eram julgados os infratores da lei penal com idade inferior aos 14 anos(art. 10, § 1º); no entanto, se houvessem com discernimento, deveriam ser recolhidos às casas de detenção pelo tempo que o julgador entendesse necessário(art. 13). Entre 14 e 21 anos de idade, o jovem infrator, embora pudesse ser alvo da reprimenda oficial, era beneficiado com a atenuação de sua pena, ficando facultado ao juiz, nas hipóteses em que o condenado fosse menor de 17 anos de idade, impor as penas de cumplicidade em substituição àquelas que seriam ordinariamente aplicadas aos autores do ilícito.

Na época do Império, não havia a previsão legal de uma idade mínima para a responsabilização da criança. Não existia, portanto uma “idade da razão” predeterminada para os menores de 14 anos, embora servisse de parâmetro, ainda que indireto, a previsão, na Lei do Ventre Livre(Lei 2.040, de 28.09.1871), da

obrigação do senhor de criar os filhos das escravas até que completassem os 8 anos de vida.

Portanto, com suporte nesse parâmetro,

[...]Extrai-se a concepção de que até oito anos de idade a criança era objeto unicamente das preocupações do mundo adulto, inserindo-se, a partir dessa idade, em um contexto de obrigações, reveladas não só pela exigência de trabalho, mas também pela incidência das normas repressivas.(PAULA, 2002, p. 17).

Já no Código Penal da República(Decreto. 847, de 11.10.1890), os menores de 9 anos eram considerados absolutamente irresponsáveis por eventuais atos criminosos(art. 27, § 1º), enquanto que os infratores maiores de 9 anos e menores de 14 anos de idade somente poderiam receber reprimendas penais em caso de restar apurado o seu discernimento(art. 27, § 2º).

Posteriormente, a Lei Federal 4.242/1921 afastou a instauração de persecução criminal em desfavor dos menores de 14 anos(art 3º, § 16). No entanto, poderia o acusado, mediante investigação sumária(acerca de sua condição pessoal e não sobre o ato praticado), ser recolhido em asilo, casa de educação, escola de preservação ou confiado a pessoa idônea, caso constatado que ele estava “*abandonado ou moralmente pervertido*”, ou se achasse “*em perigo de o ser*”(art. 3º, § 17).

Em relação aos infratores entre 14 e 18 anos de idade, eram submetidos a processo especial e secreto¹⁴³ que poderia ensejar condenação ao cumprimento de internação em casa de reforma, com prazo delimitado (mínimo de 3 e máximo de 7 anos para os jovens com história sociofamiliar negativa, ou mínimo de 1 e máximo de 5 anos para os demais) e ao tratamento médico em caso de demência ou incapacidade física. Contudo, mesmo na hipótese de absolvição, era facultado ao juiz entregar o jovem para instituto de educação(art. 3º, § 26, alínea c).

Já sob a égide do Código “Mello Mattos”(Decreto nº 17.943-A/1927),

143 Nesse particular, é forçosa a comparação com o drama ficcional vivido por Joseph K., protagonista da obra “O Processo”, na qual Kafka, magistralmente, retrata as agruras de alguém que é acusado e condenado à morte sem jamais ter acesso ao conteúdo da acusação, embora sua busca incessante pela informação.

mantiveram-se as balizas etárias estabelecidas pela Lei Federal 4.242/1921, com inovações pontuais, como a fixação da liberdade vigiada aos menores absolvidos da prática de crimes ou contravenções(art. 73, alínea d) e a possibilidade de segregação de menor que houvesse praticado delitos graves entre 16 e 18 anos de idade, podendo ser recolhido em estabelecimentos destinados a adultos, “*onde permanecerá até que se verifique a sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu máximo legal*”(art. 71).

Em 1940, sobreveio a vigência de um novo Código Penal(Decreto-lei nº 2.848/1940) que elevou o marco inicial de imputabilidade para 18 anos de idade(art. 23).

O Código de Menores de 1979, em seu artigo 14¹⁴⁴, deixava cristalina a intencional confusão entre medidas de proteção e medidas de repressão, cabendo sublinhar que, em relação a estas últimas, não havia idade mínima para a imposição, havendo fidelidade à lógica do modelo tutelar, para o qual era irrelevante à natureza da medida, uma vez que sempre seria ela um benefício para o menor(na época – é oportuno lembrar –, não havia, ainda, a distinção legal entre crianças e adolescentes, existindo apenas a figura do menor). Aliás, dentro dessa mesma premissa, sequer havia prazo máximo para cumprimento da medida extrema de internação¹⁴⁵(art. 41, *caput*), podendo o jovem prosseguir privado de liberdade após adentrar na vida adulta, passando a ser objeto de fiscalização pelo Juízo das Execuções Penais¹⁴⁶(§§ 3º e 4º do art. 41).

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente alterou sensivelmente à

144 “Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: I – advertência; II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III - colocação em lar substituto; IV - imposição do regime de liberdade assistida; V - colocação em casa de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.”

145 “Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.”

146 “§ 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.”

“§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.”

previsão normativa, em compasso com o novo paradigma, para o efeito de: (a) separar, claramente, as consequências legais referentes aos atos infracionais praticados por crianças e por adolescentes; (b) distinguir as medidas meramente protetivas daquelas socioeducativas (estas vinculadas à comprovada prática, por um adolescente, de um fato penalmente típico); (c) estabelecer prazos máximos para cumprimento de medidas socioeducativas, além de uma idade limite para a sua manutenção (vinte e um anos de idade).

Retornando ao exame do caso concreto, é forçoso reconhecer-se que – dentro do atual contexto normativo – não se mostra pertinente a imposição de uma medida de natureza socioeducativa em (des)favor de um adolescente acometido de transtorno mental que impede seu discernimento quanto à ilicitude de sua conduta e, em especial, inviabiliza a assimilação de qualquer finalidade pedagógica da medida.

Indo além, a própria procedência da pretensão inicial – presente em ambas as sentenças em comento – colide com a isonomia que se busca com os acusados imputáveis (vide item 4.1.1 supra), uma vez que, para estes últimos, a demonstração de sua absoluta incapacidade mental enseja a absolvição, na forma do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal¹⁴⁷.

Assim, estar-se-ia, novamente, dando tratamento mais gravoso ao adolescente, em comparação com o adulto, uma vez que o decreto de procedência da pretensão socioeducativa implica a cristalização de um juízo de reprovação, consubstanciando medida com carga retributiva, e serve, também, para tisonar os antecedentes do adolescente, permitindo futuros efeitos negativos em caso de reiteração.

Em realidade, denota-se que, na primeira sentença, interpretou-se que o acolhimento da pretensão inicial constituiria questão necessária ou prejudicial à aplicação da medida de proteção consistente no tratamento hospitalar.

¹⁴⁷ Em sentido contrário é a posição de Konzen, que, em sua obra “Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas”, afirma: “A ação socioeducativa contra adolescente portador de doença ou deficiência mental não será, portanto, julgada improcedente em razão da referida incapacidade, como previsto na legislação penal dos adultos[...]. Não há, assim, a medida de segurança no âmbito socioeducativo. A solução está na procedência da ação socioeducativa e na aplicação de medida compatível com a capacidade mental do adolescente[...]” (2005, p. 86).

Todavia, da leitura sistemática dos artigos 112, 114 e 136, inciso VI¹⁴⁸, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se chegar a conclusão diversa.

Nesse norte, o legislador incluiu, também, no rol das medidas aplicáveis ao adolescente infrator aquelas de cunho unicamente protetivo, arroladas nos incisos I a VI do artigo 101 do Estatuto.

Porém, não deixam elas de manter seu caráter protetivo pelo fato de serem aplicadas no bojo de um processo para apuração de ato infracional. Prova disso é o disposto no artigo 114 do Estatuto, que não vincula a aplicação dessas medidas à existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

Dentro desse cenário, conclui-se que a aplicação das medidas típicas de proteção pode ser realizada independentemente do reconhecimento da prática de um ato infracional, cuidando-se de decisão incidental que pode ser determinada pelo julgador no âmbito de uma sentença de improcedência.

Interpretação diversa do *caput* do artigo 114 redundaria na possibilidade – inaceitável – da prolação de uma sentença de procedência de uma pretensão socioeducativa com a aplicação apenas de medidas de proteção, sem a necessidade de prova da materialidade e da autoria do ato infracional.

No mesmo passo, no artigo 136, inciso VI, do Estatuto consta a expressa atribuição do Conselho Tutelar de providenciar no cumprimento das medidas de

148 “Art. 101. 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;[...].”

“Art. 112 Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional.”

“Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.”

“Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: [...] VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional.”

proteção aplicadas ao adolescente autor de ato infracional, sem necessidade de formação de autos para sua execução judicial, cuidando-se de outro coerente sinal da ausência de vinculação entre a aplicação da medida e a procedência da pretensão socioeducativa.

Por conseguinte, entende-se que o disposto no artigo 112, § 3º, do Estatuto¹⁴⁹ não conduz à conclusão acerca da necessidade de um provimento socioeducativo para o adolescente alienado mental que comete um fato típico e antijurídico, sendo que o tratamento especializado referido no artigo pode – e deve – ser alcançado no plano meramente protetivo.

Em consequência, as decisões ora examinadas, em especial a última delas, ainda que imbuída de um espírito de proteção – inspirada no princípio do melhor interesse –, desconsiderou as normas de garantia de incidência específica para o caso, resultando na privação da liberdade de Carlos, pelo período de aproximadamente um ano, em estabelecimento destinado, unicamente, à execução de medida socioeducativa extrema e de forte carga retributiva, não se confundindo com um tratamento terapêutico especial ou em local adequado.

4.1.4 O traço comum dos precedentes

Como visto, os três precedentes acima investigados, com algumas variações fático-jurídicas, dizem respeito ao uso da privação da liberdade do adolescente como forma de dar-lhe proteção, impondo-lhe limites, inclusive físicos, com o fito de modificar o cenário de risco ao qual, a princípio, estariam expostos.

Portanto, as indigitadas decisões apresentam o traço comum de considerar que, ainda que as normas jurídicas de garantia específica proclamem o contrário, a medida de segregação resultaria em benefício ao adolescente, circunstância esta que seria suficiente para justificar a providência tomada.

¹⁴⁹ Artigo 112, § 3º, do Estatuto: “Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.”

No entanto, embora não se olvide da bem-intencionada posição dos julgadores que assim compreendem a questão, o novo paradigma jurídico não conforta o emblema “prender para proteger”, que constitui clara reminiscência do sistema tutelar.

Em verdade, o movimento de crítica ao novo modelo estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial no que toca à seara infracional, ainda encontra sustentação em reconhecidos doutrinadores.

À guisa de exemplo, Alyrio Cavalieri(*apud* KONZEN, 2005, p. 87), chama de “pecado mortal” a inclusão do critério da proporcionalidade na escolha das medidas socioeducativas, porquanto inconcebível tal quesito para a visão doutrinária segundo a qual a natureza do ato infracional muito pouco interessava par a definição da medida, porque tão-somente importava o maior interesse da pessoa do infrator.

Amaral e Silva, ao analisar os preceitos do antigo sistema tutelar, observa que

[...] o Juiz não julgava o menor, definia a “situação irregular” aplicando “medidas terapêuticas”. O Ministério Público, inclusive, quando pleiteava internação, como resposta pela prática de atos delinqüenciais rotulados de desvio de conduta, de ato anti-social, estava defendendo o menor. A defesa e o superior interesse(“regra de ouro” do modelo tutelar) justificavam tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar e até impedir a participação do advogado defensor, figura praticamente desconhecida do 'Direito do Menor'(2009, p. 6).

No caso brasileiro, existia uma Delegacia especializada na “Proteção do Menor”, onde crianças e adolescentes de origem pobre¹⁵⁰ eram encarcerados para “diagnóstico e tratamento”, tendo por esteio a identificação(provisoriamente feita pela autoridade policial) da “situação irregular” que abrangia do abandono e vitimização do menor aos atos penalmente relevantes por ele cometidos.

Por conseguinte, o modelo tutelar empregava a inimputabilidade penal(teoricamente uma garantia de não-intervenção afluiva do Estado para a

150 A questão da pobreza guarda íntima vinculação com a doutrina tutelar. Esta circunstância servia de justificativa para a ação do Estado-Juiz e, também, para a omissão, como bem descreve Amaral e Silva: *“Todas as medidas visavam a integração sócio-familiar. Assim, os filhos da classe média ou da classe média alta, envolvidos em atos delinqüenciais, tinham aberta a larga porta da impunidade. Não havendo acusação ou delinqüência, estando integrados na família, não se levando em conta qualquer retributividade, o seu interesse sobrelevando a qualquer outro, eram mantidos na família, enquanto os pobres, não envolvidos com delinqüência, por estarem em 'situação irregular', eram 'encaminhados' ao diagnóstico e à terapia do 'internamento', ou seja, à prisão por pobreza”(2009, p. 4).*

população com idade inferior aos dezoito anos) para alcançar o efeito inverso daquele esperado: aplicar medidas privativas de liberdade ou restritivas de direitos aos menores sem os limites temporais e sem a gama de direitos materiais e processuais conferidos à população adulta(imputável)¹⁵¹.

151 Embora o objeto específico da presente dissertação seja a análise de precedentes jurisprudenciais que buscam amparo no princípio do melhor interesse com o fito de reavivar a doutrina da situação irregular(em razão da sofisticação deste discurso de fundamentação e do seu claro potencial de elidir a nova doutrina pela invocação de um pretense motivo interno), merecem um rápido comentário duas outras decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho que simplesmente optaram por não aplicar o novo paradigma da proteção integral, servindo de exemplo, também, da dramática diferença entre a positivação/declaração do Direito e a sua concretização nos pretórios. No primeiro caso(Agravo de Instrumento nº70014208078, julgado em decisão monocrática, em 05 de abril de 2006, íntegra disponível em www.tj.rs.gov.br), a questão versava sobre a validade de pena disciplinar imposta a adolescente recolhido em unidade da Fundação de Assistência Sócio-Educativa(FASE) por decisão de Comissão instalada pela Direção da entidade. O argumento básico invocado pela Defesa Pública foi a ausência de defesa técnica durante todos os atos do sumário procedimento administrativo, que se resumiu à oitiva do adolescente sobre a falta disciplinar a ele imputada, com a posterior aplicação de pena de isolamento por quinze dias e apontamento em seu prontuário/histórico. Nesse contexto, a Defesa Pública invocou o desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que a mera defesa pessoal do adolescente, sem qualquer assistência técnica no ato de seu interrogatório, seria claramente insuficiente. Sobreveio, então, decisão do Juízo de primeira instância que acolheu o pleito defensivo pela evidente e desmotivada omissão na nomeação de defesa técnica, com a conseqüente declaração de nulidade da decisão proferida pela Comissão. Houve, na sequência, recurso do Ministério Público visando à reforma da referida decisão, para o fim de afastar a declaração da nulidade, o qual obteve provimento monocrático, constando da fundamentação da decisão:“[...] não há falar em desobediência aos princípios constitucionais mencionados. Aliás, a orientação jurisprudencial deste Tribunal nas Câmaras especializadas é exatamente no sentido de que, não se delineando o procedimento referente à falta disciplinar cometida pelo infrator novo ato infracional, assim como não ocorrendo alteração na medida aplicada, cabe à Comissão de Avaliação Disciplinar, que é a autoridade competente, ouvir o adolescente. E, como disposto no artigo 58, alínea 'm', do Regimento Interno da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul, é atribuição do Diretor da Unidade de Atendimento a aplicação da medida disciplinar. Exatamente o que ocorreu neste caso”. Vê-se, portanto, que a discussão acerca do alcance dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório(expressamente estendidos aos processos administrativos – art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) foi, olímpicamente, desconsiderada, em decisão monocrática, que preferiu buscar esteio “legal” em uma disposição do regimento interno de uma fundação de direito privado(A FASE é uma pessoa jurídica de direito privado, nos termos da Lei Estadual nº 11.800/RS, de 28 de maio de 2002), para o efeito de declarar a higidez do processo disciplinar que redundou no agravamento da privação da liberdade do jovem e no apontamento negativo em sua ficha de conduta, ensejando futura dificuldade na obtenção de benefícios(v.g., progressão de medida ou concessão de atividades externas). No segundo caso (Apelação Cível nº 70010865244, julgada pela Oitava Câmara do TJRS, em 14 de abril de 2005, íntegra disponível em www.tj.rs.gov.br), o tema central do debate era a possibilidade de aplicação do denominado princípio da consunção para os atos infracionais cometidos por adolescentes. Nesse sentido, a Defesa havia recorrido de sentença que julgou procedente representação, reconhecendo a prática, em concurso material, dos atos infracionais de porte ilegal de arma de fogo e de tentativa de homicídio. Uma das teses defensivas era a impossibilidade de reprimenda pelo uso de arma de fogo que serviu de meio para a execução do ato infracional mais grave(homicídio tentado). Houve, em resumo, a invocação do princípio da consunção/absorção, o qual, todavia, foi rechaçado – já no plano teórico – pelo juízo recursal:“[...] em se tratando o caso de ato infracional, evento afeto ao âmbito do Estatuto Menorista, não há falar em aplicação

Agindo sob tal argumento(não se trataria de pena), o Estado-Juiz tinha a possibilidade de definir as questões de modo sumário e informal, segregando/institucionalizando os menores, com a aplicação/imposição de medidas protetivas, que, na prática, serviam de eufemismos para a prisão por prazo indeterminado, mesmo que não se estivesse na presença sequer de um fato penalmente típico.

Isso porque, ao fim e ao cabo, o exame acerca da ocorrência do ato criminoso ficava em um segundo plano, já que o objetivo da intervenção judicial era assegurar o melhor(superior) interesse do menor sob “diagnóstico” do Juiz, assessorado por sua equipe interdisciplinar, cuja função essencial era esmiuçar o passado do jovem visando a apresentar um “prognóstico” de seu destino social.

Contudo, embora evidentemente extinta, no plano normativo, a Doutrina da Situação Irregular ainda é percebida na aplicação do Direito, conforme se pretendeu noticiar nos precedentes examinados e já constatada no trabalho de Konzen, que refere tratar-se de

[...] uma forma de ver, de pensar e de agir, forma revelada por um conjunto de suposições e de suspeitas preestabelecidas e preconcebidas. Segundo essa forma de ver, de pensar e de agir, a adolescente não só praticara um fato, mas a providência subsequente só poderia advir em seu benefício, com a finalidade de reverter a agressividade e a amoralidade apresentadas[...]. A solução, porque bem intencionada, de qualquer forma seria em benefício da jovem[...]. Os aspectos materiais e formais, as garantias e até mesmo a verdade dos fatos não importam muito. O que mais importa é o dever público de tomar alguma providência, providência que sempre será justa e eticamente sustentável, porque concebida e imposta para beneficiar, jamais para prejudicar(2005, p. 39).

de princípio e institutos atinentes ao Direito Penal, como é o que pretende o recorrente ao sustentar a configuração do princípio da consunção”. Cabe salientar que este julgado fez remissão a outros precedentes das Câmaras Especializadas em Justiça Infante-Juvenil(Sétima e Oitava Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça Gaúcho), nos quais restou estampada, em seus verbetes/ementas, a “regra” da não-aplicação dos institutos de Direito Penal aos processos para apuração de atos infracionais. Ora, esta decisão, além de desconsiderar a especial proteção que deve ser alcançada aos adolescentes ditos infratores, sequer estendeu ao jovem acusado um tratamento, ao menos, isonômico com o réu adulto. Ademais, a pretensão generalizante de impedir a invocação de institutos de Direito Penal na seara infracional abre a possibilidade para julgamentos kafkianos (v.g., o não-reconhecimento de uma comprovada excludente da ilicitude), permitindo uma condenação pela mera tipicidade objetiva/aparente(por exemplo, se um adolescente efetuou disparos com arma de fogo e provocou a morte de outrem, seria forçosamente condenado, mesmo que houvesse uma escancarada legítima defesa própria ou de terceiro).

No mesmo toar, Frasseto(2005) adverte que, não obstante a nítida mudança do paradigma, restando reconhecido o caráter sancionatório das medidas socioeducativas, ainda subsiste um sem número de decisões que continuam a tomá-las como um direito do jovem, algo em seu exclusivo favor instituído, destinado a protegê-lo do mal e de si mesmo, a tutelá-lo.

Diz ele que:

[...] ainda que dentre as sanções previstas para adolescentes a privação de liberdade seja a menos recomendada por lei e os centros de internação sejam em sua maioria prisões com outro nome na porta de entrada, neles ingressam, diariamente, jovens recomendados, por sentença, a lá ficarem para crescer como cidadãos, para aprenderem a se comportar em sociedade e tornarem-se indivíduos úteis(2005, p. 02).

Há, nesse ponto, uma sensível confusão entre as medidas típicas de proteção e aquelas que correspondem a uma resposta estatal ante a prática de uma conduta infracional, gerando-se uma híbrida e ilegal medida “socioprotetiva” de largo uso nas lides da Infância e da Juventude¹⁵².

Como bem assinala Saraiva(2006), se o adolescente carece de proteção, tal circunstância recomenda o acionamento da rede protetiva, com a adoção das medidas eventualmente necessárias(v.g., a colocação sob a guarda de algum familiar ou até mesmo o excepcional e provisório abrigo), mas, por certo, se não satisfeitos os requisitos ensejadores de uma custódia cautelar enquanto mecanismo de defesa social, jamais poderá autorizar sua privação de liberdade sob o pretexto de protegê-lo¹⁵³.

152 Por esse motivo torna-se de duvidosa constitucionalidade a parte final do disposto no artigo 174 do Estatuto, que prevê a possibilidade de segregação cautelar do adolescente, acusado de grave ato infracional, para o efeito de assegurar sua segurança pessoal. Isso porque não há como se estear um decreto de privação de liberdade de um adolescente apontado como infrator, sob o argumento da proteção de sua integridade corporal ante o risco de represálias a serem perpetradas por supostos algozes, uma vez que tal postura consubstanciaria clara inversão de valores, optando-se por segregar a vítima em potencial, ao invés de dar-lhe a segurança que é dever do Estado.

153 Nesse particular, merece menção o acórdão do Supremo Tribunal Federal que se debruçou sobre inusitado episódio, no qual o defensor dativo do adolescente acusado da prática de um ato infracional concordou com a pretensão socioeducativa e pugnou pela aplicação da medida

Em resumo, a fim de evitar o retorno prático ao modelo tutelar revogado, cumpre rechaçar a possibilidade de aplicação de medidas de caráter penal/retributivo sob o argumento de preservar o melhor interesse do acusado, afastando-se o que Saraiva(2006) denomina de “afeição” demasiada pela medida de internação, banalizando-se a segregação da liberdade de adolescentes sem igual correspondência com a realidade do Direito Penal, no qual as garantias do acusado e os limites à intervenção estatal foram, em linhas gerais, efetivamente aceitos e incorporados à prática judicial.

4.2 Precedentes em demandas atinentes às medidas judiciais de cunho protetivo

4.2.1 O abrigamento como um fim

O caso que será comentado neste tópico refere-se à medida de proteção judicializada sob o nº 6.680, que também tramitou no Juizado Regional da Infância e

extrema de internação, por entendê-la benéfica ao seu assistido. Então, a Suprema Corte, ao julgador o *habeas-corpus*, decretou a nulidade do feito, constando do voto condutor, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, a fundamentação de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade, sublinhando, de modo veemente, que “[...]a escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida socioeducativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender – além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil – é revivescência da excêntrica construção de Carnelutti – a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso – da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade”.(Recurso Extraordinário nº 285.571-5/PR, Primeira Turma do STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 13-02-2001, publicado no DJ em 06-04-2001).

da Juventude de Caxias do Sul-RS.

A questão alcançou a esfera judicial quando o Conselho Tutelar abrigou Rodrigo, um menino de cinco anos de idade, em entidade de atendimento municipal, ante a negligência e a desestrutura familiar evidenciadas por aquele órgão.

O abrigamento teve curso ainda no ano de 2000, restando vedadas as visitas dos genitores, contra os quais foi ajuizada, pelo Ministério Público, ação de destituição do poder familiar.

Assim, indefinida a situação da criança enquanto tramitava a predita demanda litigiosa, Rodrigo foi permanecendo na entidade de abrigo, mantendo esporádicos contatos com voluntários que visitavam a instituição.

Nesse íterim, a ação de destituição foi julgada procedente, mas ambos os genitores interpuseram recurso de apelação.

Subindo os autos à segunda instância, sobreveio o julgamento dos recursos, negando-se provimento ao apelo da genitora e provendo-se, no entanto, a inconformidade do genitor, constando do acórdão:

O apelante mostrou-se cuidadoso, quando de sua separação preferiu deixar os filhos na casa de triagem. Depois disso, sempre foi atencioso em fazer visitas[...]. Ora, considerando que o apelante mostra interesse nestes filhos e nada havendo – a não ser a extrema dificuldade econômica – que demonstre ser causa suficiente para a extinção do pátrio poder, neste ponto o apelo merece provimento.¹⁵⁴

Saliente-se que a definição da contenda ocorreu quando já passados 18(dezoito) meses do início do abrigamento de Rodrigo.

Tomando ciência do desfecho dos recursos, o juízo de primeira instância determinou a realização de avaliação psicossocial, visando a analisar a possibilidade de reaproximação de Rodrigo com o genitor mantido no exercício do poder familiar.

Porém, a predita avaliação, reportando-se a intervenções anteriores, opinou pela manutenção da criança no abrigo e a vedação das visitas até que houvesse

154 Acórdão nº 70003957180 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho (disponível em www.tj.rs.gov.br).

“entendimento técnico de que a criança não correrá riscos na companhia paterna”.

Acolhido o parecer, procedeu-se à oitiva judicial do genitor, o qual se manifestou no sentido de recuperar, imediatamente, a guarda de Rodrigo.

Foi, então, determinada nova avaliação psicossocial, que repetiu o parecer anterior, opinando pela colocação de Rodrigo em família substituta.

Com esteio nesse parecer, foi proferida decisão que, com expressa menção à preservação dos melhores interesses de Rodrigo, determinou a inclusão da criança em família substituta, respeitando-se o rol de pessoas habilitadas à adoção.

Entretanto, a decisão não pôde ser cumprida, visto que era impossível juridicamente a adoção de Rodrigo sem a prévia destituição do poder familiar do genitor, que insistia em não concordar com a colocação do filho em outro núcleo familiar.

Naquele momento, a criança já se encontrava no abrigo há dois anos e dez meses.

O tempo prosseguiu sua marcha inexorável, e Rodrigo permanecia no abrigo – que já era sua casa –, passeando com voluntários em alguns finais de semana, mas sem a criação de vínculos, em face de sua “situação jurídica indefinida” que impedia a formulação de pedidos de adoção por eventuais interessados.

Quando já passados mais de quatro anos do abrigamento, foi prolatada nova decisão determinando a tentativa de reaproximação da criança com seu genitor, após prévia avaliação psicossocial.

Contudo, o novo laudo manteve-se na linha dos anteriores, opinando, de plano, pela vedação de qualquer contato ou reaproximação, fundando-se na circunstância de que, em face do tempo transcorrido, o genitor tornara-se um estranho para Rodrigo.

Manteve-se, pois, a situação inalterada até que, passado mais um ano, o genitor formulou novo pedido de reaproximação, que foi alvo de análise por outra equipe técnica.

O resultado desta nova avaliação, conquanto não tenha pintado nenhum

quadro admirável, apurou que “[...] o retorno à convivência paterna ainda se revela a alternativa mais viável, embora não a ideal, e quiçá até mesmo adequada, desde que tal medida seja cercada de todos os cuidados e acompanhamentos necessários”.

Assim, finalmente, foi autorizada a reaproximação familiar, restando permitidas as visitas do genitor, que se mostrou assíduo e interessado, possibilitando o retorno definitivo de Rodrigo à convivência paterna poucos meses após a retomada do contato.

Feita essa apertada síntese, que retratou mais de cinco anos de intervenção judicial, constata-se que Rodrigo ingressou no abrigo com tenra idade e dele saiu – devolvido para sua origem – quando já estava atingindo a adolescência.

Em outras palavras, Rodrigo viu parte significativa de sua vida infantil passar pela janela de uma entidade de abrigo, enquanto os operadores do Direito, auxiliados por técnicos de outras áreas da Ciência, procuravam encontrar a solução ideal.¹⁵⁵

Durante cinco longos anos, que, para Rodrigo, representaram a metade de sua vida, foram impedidos quaisquer contatos com seu pai biológico, a fim de assegurar o seu melhor interesse, que, no entendimento judicial, estaria vinculado à sua manutenção na entidade de abrigo¹⁵⁶ até que se implementassem as condições

155 Nesse particular, merece transcrição a crítica formulada por Marques(2000, p. 473): “A compreensão de que crianças e adolescentes são detentoras do privilégio da ‘clarividência dos pais’, definidores do que é ‘melhor’ para seus filhos foi, durante os anos, assimilada pelas instituições públicas e privadas, redundando em um sistema cheio de ‘boas intenções’ e lotado de ‘infernos’, como os espaços de institucionalização que menos os atendiam e mais os segregavam, em medida tão aceita pela sociedade, pois os escondia de seu olhar. Era a antítese do princípio trazido pelo Decreto 99.170/90 que ratificou o art 3.º da Convenção Internacional da Criança e do Adolescente: um idiossincrásico maior interesse da criança.”

156 Ao tratar da histórica cultura brasileira da institucionalização da pobreza, como resposta simples(e simplista) para um amplo e complexo problema social, Rizzini & Rizzini relatam: “O Brasil possui uma longa tradição de internação de crianças e jovens em instituições asilares. Muitos filhos de famílias ricas e dos setores pauperizados da sociedade passaram pela experiência de serem educados longe de suas famílias e comunidade. Desde o período colonial, foram sendo criados no país colégios internos, seminários, asilos, escolas de aprendizes artífices, educandários, reformatórios, dentre outras modalidades institucionais surgidas ao sabor das tendências educacionais e assistenciais da época. [...] A ampla categoria jurídica dos menores de idade(provenientes das classes pauperizadas) assume, a partir da segunda metade do século XIX, um caráter eminentemente social e político. Os menores passam a ser alvo específico da intervenção formadora/reformadora do Estado e de outros setores da sociedade, como as instituições religiosas e filantrópicas. O recolhimento de crianças às instituições de

para sua colocação definitiva em uma família substituta.

Entretanto, afastado o poder familiar da genitora – que, efetivamente, abandonou a prole – restou definida, por acórdão transitado em julgado, a possibilidade de manutenção do vínculo com o pai, o qual sempre demonstrou vivo interesse em recuperar a guarda de Rodrigo.

Nesse cenário, o impedimento de qualquer gesto de reaproximação do pai com o filho resultou por malferir normas jurídicas específicas.

Saliente-se, neste ponto, que a ruptura do vínculo de Rodrigo com seu genitor deu-se por obra do Estado, representado pelo Conselho Tutelar.

Por conseguinte, cumpria ao próprio Estado proceder na tentativa de reverter o quadro, preservando o direito da criança a ser criada e educada no seio de sua família, consoante previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal¹⁵⁷, e no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵⁸

No mesmo rumo, a medida protetiva de abrigo possui natureza excepcional e provisória, nos termos do artigo 101, parágrafo único, do Estatuto¹⁵⁹, devendo, por isso, ser breve e meramente instrumental, jamais servindo como um fim¹⁶⁰.

reclusão foi o principal instrumento de assistência à infância do país. Após a segunda metade do século XX, o modelo de internato cai em desuso para os filhos dos ricos, a ponto de praticamente ser inexistente no Brasil há vários anos. Essa modalidade de educação, na qual o indivíduo é gerido no tempo e no espaço pelas normas institucionais, sob relações de poder totalmente desiguais, é mantida para os pobres até a atualidade. A reclusão, na sua modalidade mais perversa e autoritária, continua hoje para as categorias consideradas ameaçadoras à sociedade, como os autores de infrações penais”(2004, p. 22).

157 Art. 227, *caput*, da Constituição Federal: “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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.(sem grifos no original).

158 Art. 19 do Estatuto: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

159 Art. 101, parágrafo único: “O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

160 Redação essa formulada em intencional contraste com a realidade havida sob a égide da Doutrina da Situação Irregular, para a qual o abrigamento era, por si só, uma solução definitiva. Nesse sentido, Saraiva observa que “[...] Neste tempo, de vigência do Código de Menores, a grande maioria da população infanto-juvenil recolhida às entidades de internação do sistema FEBEM no Brasil, na ordem de 80%, era formada por crianças e adolescentes 'menores', que

Não obstante isso, insistiu-se em negar qualquer reaproximação, reiterando-se abordagens técnicas com posições preconcebidas, mas sem possibilidade de execução.

Em outros termos, o Estado-Juiz já havia-se pronunciado no sentido de que era viável, ao menos, o retorno do convívio da criança com o pai, não havendo, portanto, qualquer exceção ou empecilho que justificasse a não-observância do direito à convivência familiar.

Entretanto, o princípio do melhor interesse serviu de suporte para longa e penosa tentativa de solver o imbróglio de maneira perfeita, olvidando-se que, antes de tudo, Rodrigo recebera por destino estar inserido naquela família natural, que longe estava dos padrões hodiernos de sucesso.

Assim, optou-se por evitar a retomada do vínculo de origem, na esperança do encontro de uma família melhor para Rodrigo, sublinhando-se que o conceito de melhor, aqui, está vinculado, forçosamente, aos pré-conceitos dos operadores, adentrando-se em um território indeterminado e de perigosa subjetividade.

Chama a atenção, ainda, que a equipe técnica judiciária persistiu na negativa de reaproximação sem que qualquer tentativa prática fosse realizada e, ao final, fundamentou sua discordância com o retorno ao convívio do genitor em razão do longo tempo de abrigamento; tempo este que foi longo pela própria atuação recalitrante do Poder Judiciário.

Na realidade, o rápido êxito da reaproximação efetuada tornou duvidoso o acerto das anteriores decisões que o obstaculizaram, não havendo evidências de que o trabalho feito pelo sistema de proteção não pudesse ser efetivado sem o rompimento do vínculo, tão-logo definida a pendenga judicial em prol do genitor.

Em resumo, os cinco anos perdidos da infância de Rodrigo constituíram sensível prejuízo que não se justificou pelo resultado final, concluindo-se que era preferível que as normas jurídicas de específica regência tivessem sido observadas.

não eram autores de fatos definidos como crime na legislação penal brasileira. Estava consagrado um sistema de controle da pobreza, que Emilio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais. Prendiam a vítima. Esta também era, por consequência, a ordem que imperava nos Juizados de Menores”(2003, p. 47).

4.2.2 A destituição do poder familiar por alienação mental da genitora

O precedente a ser examinado, neste tópico, encontra-se documentado na medida de proteção nº 13.432 e na ação de destituição do poder familiar nº 13.869, que tramitaram, também, no Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Caxias de Sul-RS.

A intervenção judicial foi provocada, inicialmente, por ofício encaminhado pela equipe interprofissional de hospital vinculado ao Sistema Único de Saúde, informando a existência de uma gestante que lá havia sido internada no setor de psiquiatria por apresentar sintomas de transtorno mental.

Em razão do estado de gravidez da paciente, o predito nosocômio houve por bem comunicar o fato à Justiça da Infância e da Juventude para que esta adotasse as medidas que entendesse cabíveis.

Dada vista ao Ministério Público, foram formalizados autos para apuração do caso, tendo sido constatado o grave histórico da gestante, que já havia sido internada em estabelecimento psiquiátrico em diversas ocasiões, identificando-se, a princípio, sua incapacidade para auto-gestão.

Realizou-se, então, avaliação psicossocial pela equipe judiciária, na qual foi constatada a desestrutura familiar da gestante e a pouca mobilização de seus pais para assumirem a guarda do neto, havendo, por isso, sugestão de abrigamento tão logo a criança nascesse e obtivesse alta hospitalar.

Com efeito, havendo a notícia do nascimento da criança – ora denominada Paulo – determinou-se seu imediato abrigamento em estabelecimento municipal.

Houve a tentativa, ainda, da oitiva judicial da mãe biológica do recém-nascido, a qual restou frustrada pela sua evidente incapacidade de manifestar-se de forma inteligível e válida para a eventual tomada de consentimento com a colocação de Paulo em família substituta.

Em consequência, o Ministério Público ajuizou ação de destituição do poder familiar contra a genitora – a paternidade era desconhecida – fundando-se na

ausência de condições da demandada para o correto exercício do poder familiar, havendo expressa menção, na petição inicial, de que o desiderato da ação era oportunizar a colocação de Paulo em família substituta, na modalidade de adoção.

Após o recebimento da peça exordial, quando passados cerca de três meses do abrigo da criança, foi proferida decisão interlocutória que determinou a imediata colocação de Paulo em família substituta, observando-se o rol das pessoas habilitadas à adoção no Juizado da Infância e da Juventude, sob guarda provisória, até que houvesse o desfecho da lide instaurada.

No bojo da ação de destituição, foi realizada avaliação por perito psiquiatra, visto que não havia interdição formal da genitora-ré.

O resultado da perícia foi o diagnóstico de que a mãe biológica de Paulo portava um quadro de esquizofrenia e de retardo mental moderado que a impediam, de modo absoluto, de exercer o poder familiar, não possuindo juízo crítico ou senso de responsabilidade no cometimento de qualquer conduta.

Nomeou-se, então, curador especial à lide, que apresentou sucinta contestação, colhendo-se, em audiência instrutória, o depoimento apenas dos pais e de uma irmã da demandada, que se limitaram a confirmar a deficiência mental da genitora de Paulo e alegaram dificuldades para assumir os cuidados de mais uma criança, razão por que concordavam com a colocação do infante em uma família substituta.

Por fim, sobreveio a sentença de mérito, que, tomando por estribo a confirmação da situação fática noticiada na peça vestibular do Ministério Público, julgou procedente a pretensão inicial, definindo que a destituição do poder familiar era medida que se impunha, a fim de preservar os melhores interesses de Paulo, que poderia ser colocado em família substituta, sob pena de eternizar-se a medida de abrigo que já se estendia há cerca de dez meses.

Como consectário disso, foi concedida a adoção de Paulo ao casal que já detinha sua guarda provisória há mais de seis meses, sublinhando-se que não houve interposição de recurso contra a sentença proferida nos autos da ação de destituição do poder familiar.

Procedido a esse breve relato dos fatos que culminaram na sentença de acolhimento da pretensão do Ministério Público, cumpre salientar que a posição adotada pelo julgador de primeiro grau possui esteio em iterativos precedentes jurisprudenciais.

Nesse sentido, constou da fundamentação da predita sentença a menção a quatro acórdãos do Tribunal de Justiça Gaúcho que confirmaram a destituição do poder familiar em situações similares, ou seja, em que se identificara a ausência de condições psíquicas ou emocionais dos genitores para o hígido exercício do poder familiar, redundando na procedência da pretensão inicial, com expresse esteio no princípio do melhor interesse da criança.¹⁶¹

Entretanto, apesar de reconhecer-se as fundadas razões do *decisum* e sua consonância com os pacíficos precedentes pretorianos¹⁶², é possível aduzir algumas restrições ou questionamentos acerca da pertinência jurídica da solução tomada.

Nesse sentido, deve-se observar que a destituição do poder familiar com arrimo na ausência de condições psíquicas da genitora não se trata de modalidade prevista na norma de regência.

Ressalte-se que o artigo 1.638 do novo Código Civil, reiterando, na essência, as disposições do Código Civil antigo, previu as hipóteses de perda/destituição judicial do poder familiar, estando vinculadas, no que se refere à conduta dos genitores, a castigos imoderados, ao abandono da prole, à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e à reiteração de atos abusivos e temerários no exercício do poder familiar¹⁶³.

161 Apelações Cíveis nº 70008091886, 70007499320, 70008056764 e 70007442882 – íntegra dos acórdãos disponível no sítio do Tribunal de Justiça na internet, em www.tj.rs.gov.br.

162 Em pesquisa efetuada na jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho, foram encontradas cerca de duas dezenas de acórdãos tratando de situações fáticas envolvendo a perda do poder familiar por genitora acometida de doença incapacitante, sendo que, em apenas um dos arestos, foi modificada a sentença de destituição. O acórdão recebeu a seguinte ementa oficial: “ECA. DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. DOENÇA DA MÃE. Caso em que a doença da mãe e, por conseqüência, a eventual impossibilidade de exercício a contento não podem embasar a destituição do pátrio poder. Deram provimento. Unânime.(Apelação Cível Nº 70004479382, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Rui Portanova, julgado em 24/10/2002).”

163 “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar

No mesmo passo, o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente reportou-se à lei civil para os casos de destituição, agregando a hipótese de descumprimento dos deveres e obrigações previstos no artigo 22 do mesmo Estatuto.¹⁶⁴

Ora, do exame dessas hipóteses legais¹⁶⁵, não se identifica a ocorrência de qualquer delas para o caso acima retratado, visto que a genitora não cometeu nenhuma das condutas previstas nas normas jurídicas específicas; aliás, sequer teve ela contato com o filho recém-nascido, mercê da antecipada intervenção judicial.

Nesse cenário, a primeira dúvida que se coloca é no sentido da possibilidade de ampliação das hipóteses de perda judicial do poder familiar¹⁶⁶.

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.”

164 “Art. 22. 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.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.”

165 Valter Ishida(2003), ao comentar o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, refere que a Consolidação das Leis Trabalhista(CLT), em seu artigo 437 prevê, também, a pena de destituição do pátrio poder(redação anterior ao novo Código Civil) ou da tutela para os responsáveis legais de menores(sic) que permitam que estes últimos exerçam atividades laborais que diminuam seu tempo de estudo ou de repouso necessário à sua saúde, ou que prejudiquem a sua educação moral.

166 Cabe observar que, no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda consta a expressão “pátrio poder”, já que editado sob o marco do antigo Código Civil de 1916, que empregava esta clássica terminologia vinculada ao Direito Romano e que contém uma nítida ideia de supremacia hierárquica do adulto varão no ambiente familiar. Fazendo o oportuno resgate histórico, Azambuja refere que “[...] O parentesco da linhagem feminina, em Roma, passa 'a ser agrupado em torno da instituição, que tem como chefe, senhor e sacerdote, o pai e marido, originando-se daí o pátrio poder. A organização da família se vinculava ao ascendente comum mais velho, denominado paterfamilias, que exercia sua autoridade sobre a esposa e as mulheres casadas com seus descendentes. Neste período, o pater era o chefe político, sacerdote e juiz em sua casa, exercia poder sobre todos os filhos, a mulher e os escravos, podendo dispor livremente deles, inclusive com o direito de vida e morte, ainda que estivesse a medida extrema sujeita à prévia consulta dos membros mais próximos da família. Embora, com o tempo, o poder quase absoluto do paterfamilias viesse a ser atenuado, vale lembrar que, inicialmente, detinha sobre os filhos poder equivalente ao dispensado aos escravos. A ele era permitido rejeitar e abandonar o recém-nascido, vender o filho como escravo, escolher com quem casaria e até obrigá-lo a se divorciar. Os filhos e a mulher, em Roma, eram submissos à figura do pai e do marido, sendo considerados alieni juris, sem personalidade jurídica e sem patrimônio, em contraposição à figura do paterfamilias”(2004, p. 24). Assim, é forçosa a conclusão de que, na atualidade, o termo “pátrio poder” está em descompasso com a igualdade que deve haver entre os gêneros, em especial na delicada condução dos rumos familiares. Por isso, o novo Código Civil(Lei nº 10.406/2002) optou, acertadamente, por readequar a antiga expressão, substituindo-a pelo

Cabe, aqui, valer-se do trabalho formulado por Denise Damo Comel(2003), Juíza de Direito no Estado do Paraná, que, em sua tese de doutorado, debruçou-se, com profundidade, acerca do instituto do poder familiar.

No predito trabalho, consta a advertência sobre a exigência de imensa ponderação no exame do pedido de destituição do poder familiar, ante a natureza drástica e, quase sempre, irremediável da providência judicial, resultando na necessidade de que todas as hipóteses legais sejam interpretadas restritivamente.

No mesmo diapasão, a predita jurista assevera que as hipóteses de perda do poder familiar são exaustivas e não permitem interpretação extensiva, “[...] *uma vez que a destituição do poder familiar é medida excepcional e deve visar, sempre, ao interesse do menor*” (COMEL, p. 286).

Outra questão de difícil desate é aquela atinente à exigência de demonstração da culpa como requisito para a destituição do poder familiar dos genitores que tenham cometido, objetivamente, as condutas tipificadas no artigo 1.638 do Código Civil.

Em outros termos – e tomando por exemplo o caso ora em exame – pode-se questionar a pertinência da perda judicial do poder familiar que atinja pessoa absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito de suas condutas.

Assim, na hipótese de comprovada debilidade mental da genitora, seria lícito destituí-la do poder familiar em caso de prática, *v.g.*, de um castigo imoderado ou de um ato de abandono voluntário?

Novamente, tem-se um tema de alta indagação e de forte repercussão nas lides forenses, pois não raros são os processos em que se constata a anomalia psíquica dos réus nas destituições do poder familiar.

Visando à tomada de posição sobre o tema, merece conforto o entendimento de Comel(2003), a qual sinala que a destituição do poder familiar apresenta uma natureza protetiva dos filhos menores que prepondera sobre a sua natureza punitiva do comportamento dos pais, restando possível a afirmação que tal

termo “poder familiar”, que constitui, em síntese, um feixe de direitos e deveres vinculados aos pais(biológicos ou não), em plena isonomia, em relação ao seus filhos menores de idade.

medida judicial prescinde da configuração da culpa dos genitores, bastando a imputabilidade da conduta e a necessidade de amparo dos interesses da prole ameaçada ou vitimada.

Não obstante essa interpretação, que serve de suporte para diversos casos práticos, não há como se empregá-la para justificar a procedência do pedido de perda do poder familiar direcionado contra a genitora de Paulo.

Isso porque não se estava a cogitar da ocorrência objetiva de uma conduta a ser imputada à demandada; em realidade, não havia qualquer conduta a ser examinada, uma vez que o único contato externo que a criança teve com a mãe foi no exato momento do parto.

Por conseguinte, é forçoso admitir-se que a sentença, para o fito de retirar a criança do abrigo e colocá-la em uma família substituta, restou por alargar as hipóteses de destituição do poder familiar, olvidando-se do rol taxativo previsto na norma de regência.

Cabe salientar que a necessidade da realização de uma interpretação restritiva decorre do caráter excepcional da medida, em respeito ao direito da criança à convivência familiar¹⁶⁷, conforme já referido no item 4.2.1 desta pesquisa.

Nessa esteira, é oportuna a lembrança das diversas arbitrariedades estatais praticadas, em um passado recente, sob o manto da legalidade da doutrina tutelar, no que se refere, especificamente, à colocação definitiva de crianças em famílias substitutas.

167 Aliás, desse direito à convivência familiar decorre a inafastável natureza excepcional da colocação definitiva da criança/adolescente em família substituta, embora, culturalmente, persista a noção de que a adoção é a providência adequada para inserir a criança/adolescente em uma família com melhores condições de provê-la. Cria-se, assim, a distorcida ideia de que existiria uma disputa entre os pais biológicos e os pretendentes à adoção, vencendo aqueles que comprovassem possuir a maior capacitação (social, econômica e emocional). No entanto, este sopesamento é tipicamente utilizado nos embates intra-familiares (v.g., para a definição de qual dos pais separados deve ficar com a guarda dos filhos), mas não serve para justificar uma decisão pró-adoção, visto que, nesta hipótese, deve ter havido a prévia/anterior demonstração da ausência integral de condições dos genitores para exercer o poder familiar, sem chances de reversão do *status quo*. Portanto, não há, a rigor, uma disputa/concurso entre família natural e família substituta, e a falta desta compreensão é, talvez, a principal dificuldade para colocar limites às bem-intencionadas campanhas em prol da adoção que, visando a mudar o destino de uma criança (mesmo que apagando a sua origem), insistem em comparar a dura realidade da pobreza em que ela vive (e causa de um previsível futuro medíocre para os padrões atuais de sucesso) com a realidade mais suave e promissora de uma classe média na qual estão incluídos, maciçamente, os pretendentes à adoção.

Consoante Paula(2002), a facilidade com que eram proferidas decisões de perda do pátrio-poder talvez seja um dos exemplos mais marcantes do autoritarismo, escamoteado em um ideal caridoso de bem-estar do infante, que servia de justificativa para a retirada da criança do seio de sua família natural, por questões vinculadas unicamente à insuficiência de condições socioeconômicas, desdenhando do direito(da criança e dos seus genitores) de preservação de sua origem¹⁶⁸.

Nesse aspecto, Méndez, ao exemplificar a face perversa do modelo tutelar, apresenta contundente descrição do uso do instituto da adoção como verdadeira política pública ultra-discricionária de erradicação ou mitigação da pobreza¹⁶⁹:

Quando se afirma que as velhas “leis de menores” são leis profundamente criminalizadoras da pobreza, alguns pensam, de uma perspectiva que com certeza entendem como imparcial, que a frase constitui um exagero ideológico. Infelizmente, trata-se de uma simples e total criminalização da pobreza. Assim, um dos muitíssimos exemplos pode ser encontrado, com uma clareza meridiana, no velho Código de Menores do Brasil de 1979(derrogado em 1990). Em seu art. 94 se estabelecia: “*Qualquer pessoa poderá e as autoridades administrativas deverão enviar para a autoridade judicial competente o menor que se encontrar em uma situação irregular, nos termos dos incisos I, II, III e IV do artigo 2º desta lei*”. Por sua parte(e mesmo que custe acreditar), o artigo 2º estabelecia: “*Para os efeitos deste código se considera em situação irregular o menor: privado de condições essenciais para sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, inclusive quando eventualmente a privação seja em razão de: manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-las*”. É necessário lembrar que colocar o “menor” em situação irregular constituía o primeiro passo antes da declaração do estado de abandono, o que por sua vez constituía o requisito prévio para a adoção. Como pode apreciar-se, os velhos códigos não somente permitiam, mas, além disso, sugeriam e

168 Com o propósito de elidir, justamente, essa prática que menoscabava os direitos decorrentes da filiação biológica(com evidente impacto nas classes sociais menos favorecidas), foi inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente a norma limitadora no sentido de que “*a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder*”, razão por que, na ausência de outros motivos para o rompimento dos vínculos naturais, “*a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio*”, levando-se a sério o direito de todas as crianças e adolescentes de “*ser criado e educado no seio da sua família natural*”(respectivamente, artigos 23 – *caput* e parágrafo único – e 19 do Estatuto) .

169 Convém ressaltar que essa realidade, especialmente visível do final do século XIX até a década de 1980, não se limitava à cultura latino-americana. Nesse sentido, na Inglaterra, era comum e moralmente aceita a prática de retirar, coercitivamente, crianças de famílias tidas como “inadequadas” e, para o efeito de oportunizar-lhes “melhores condições de vida”, colocá-las em famílias substitutas no Canadá. Eram os denominados “sequestros filantrópicos”, que constituem exemplo dos eufemismos que sempre estiveram presentes nos “discursos de bondade” que permearam a doutrina tutelar(MÉNDEZ, 2001).

estimulavam tanto a criminalização da pobreza, quanto a transferência discricional das crianças(pobres) para outras classes sociais. Em outras palavras, massificado com o grau de política, o (não) direito de menores permitia e até estimulava o que sem exagero pode ser denominado um "processo de exportação da pobreza". Pelo contrário(e isto é o que aqui denominamos a resolução jurídica do problema da criminalização da pobreza), todas as novas legislações inspiradas na Doutrina da Proteção Integral(começando pelo art. 23 do novo Estatuto no Brasil) estabelecem em termos quase idênticos o seguinte: *"A mera falta ou carência de recursos materiais não poderá jamais constituir um motivo suficiente par a perda ou suspensão do pátrio poder"*(2001, p. 18).

Retornando ao exame do precedente, poder-se-ia, no entanto, concluir que a interpretação ampliativa das hipóteses de destituição do poder familiar era uma imposição fática, já que não haveria outras alternativas aceitáveis para o sentenciante, na medida em que eram evidentes os prejuízos na manutenção indefinida da medida de abrigo.

Nesse ponto, crê-se que não pairam dúvidas de que, no caso concreto, a colocação de Paulo em família substituta alterou, positivamente, o cenário, visto que a criança estava há vários meses em uma entidade de abrigo.

No entanto, a restrição que se pode apontar à decisão judicial refere-se à existência de outras duas soluções que – embora mais custosas – eram possíveis dentro do ordenamento jurídico, sem a necessidade da aplicação do princípio do melhor interesse como escusa para a não-incidência das normas previstas, especificamente, para o caso retratado.

A primeira solução seria a tentativa de permanência de Paulo em sua família natural, realizando-se amplo trabalho investigatório com o desiderato de encontrar um parente, ascendente ou colateral, que tivesse condições e interesse de assumir a sua guarda.

Contudo, no caso em tela, as abordagens técnicas restaram limitadas a entrevistas com os genitores e com uma irmã da demandada – de um total de nove irmãos –, os quais, em rápida consulta, afirmaram que teriam dificuldades financeiras para a assunção da guarda de Paulo.

Constata-se, portanto, que muito mais poderia ter sido feito no intuito de afastar eventuais dificuldades de ordem econômica, com o auxílio da rede oficial de

proteção, em todas as suas esferas, permitindo que Paulo fosse incluído em sua família natural – visivelmente fragilizada e empobrecida –, sem a necessidade de rompimento absoluto dos vínculos com sua origem.

Entretanto, no afã de dar-se rápido e ideal desfecho ao episódio, pouco ou quase nada foi feito em prol do respeito ao direito da criança à convivência familiar, que não se limitava ao contato único com sua debilitada genitora, mas, sim, à possibilidade de permanecer no seio uma família constituída, também, por seus avós, tios, primos e, inclusive, por um irmão que contava sete anos de vida, filho de sua genitora com pai conhecido e que não foi alvo da perda do poder familiar.

Ademais, na hipótese de que não fosse encontrado nenhum familiar apto a assumir a guarda de Paulo, após exaustiva investigação, era lícita a concessão da guarda, em caráter excepcional, a pessoa alheia à sua família de origem, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷⁰, visto que a peculiaridade da situação, vinculada à deficiência mental de sua genitora, atrairia a incidência do predito dispositivo.

Portanto, era possível, caso demonstrada a necessidade, que Paulo fosse colocado em família substituta na modalidade de guarda, não sendo a adoção a única forma jurídica de solucionar o problema.

Porém, admite-se que esta segunda solução ou alternativa tem esbarrado na cultura arraigada das famílias substitutas que não aceitam a “provisoriedade” ínsita ao instituto da guarda, optando, quase sempre, pela natureza definitiva e irreversível da adoção, provocando a realidade atual, na qual o Ministério Público, premido pelos fatos, ajuíza a ação de destituição do poder familiar fora dos casos legais, como forma de tornar a criança passível de adoção, obtendo, no mais das vezes, a chancela judicial.

Criou-se, assim, um círculo vicioso, dentro do qual o Estado-Juiz acaba por reforçar a posição das famílias substitutas, segundo a conveniência¹⁷¹ destas, a fim

170 Art. 33, § 2º: “Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.”

171 Nesse particular, é necessário que duas questões fiquem suficientemente claras, sob pena de restar aberto o caminho para a desvirtuação do instituto da adoção: 1) a adoção, enquanto

medida excepcional(hipótese derradeira de rompimento dos vínculos da criança/adotanda com sua família biológica) não pode ser tida como política de assistência social, mas, sim como “ a resposta dramática individual a um problema dramático individual”(MENDEZ, 2001, p. 18); 2) a adoção deve ser examinada sob a ótica do interesse da criança/adolescente e não do interesse/desejo dos adultos adotantes(nesse norte, o artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”). No entanto, a prática atual tem apontado no sentido contrário, com a formulação ou proposição de políticas(com repercussões nas decisões judiciais) abertamente voltadas para o atendimento das pretensões dos interessados em adotar um filho. Nesse rumo, tramitam no Congresso Nacional três projetos de lei(projetos nº 2747/2008, nº 2834/2008 e nº 3220/2008, cujo andamento está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.camara.gov.br/sileg>) que, em suma, pretendem reconstituir a extinta Roda dos Expostos(existente no Brasil entre os séculos XVIII e meados do século XX, e que consistia em uma “modalidade de atendimento” de recém-nascidos, de iniciativa da Santa Casa de Misericórdia, por meio da qual os bebês eram deixados em “Casas de Expostos”, acionando uma roda que permitia a preservação do anonimato daquele que praticava o abandono). Os referidos projetos de lei preveem, agora, a figura do “parto anônimo”, por meio do qual a mãe, assinando um termo de responsabilidade, deixaria, sob sigilo, a criança recém-nascida aos cuidados do serviço de saúde, incumbindo a este o encaminhamento do bebê à Vara da Infância e da Juventude. Cumpre observar que o último dos projetos de lei protocolizado(PL 3220/2008), que busca unificar e atualizar o texto dos anteriores, não se limita a ser pró-adoção, sendo, tendenciosamente, pró-adotantes. Nessa trilha, o indigitado projeto, no afã de conduzir o caso concreto para uma forçosa adoção, simplesmente desconsidera a figura do pai biológico, permitindo que tudo se resolva com a solitária declaração da genitora: se ela, durante a gestação ou no período de baixa hospitalar, manifestar o seu desejo de entregar o filho em adoção, é o que basta para que o estabelecimento de saúde assuma a responsabilidade sobre o destino da criança, dispensando a mãe de outras manifestações (artigo 4º do projeto de lei). Além, disso, no parágrafo único do seu artigo 10º, o PL 3220/2008 pretende reinstalar, na prática, a Roda dos Expostos, dispondo que: “*Também será isento de responsabilidade criminal quem abandonar o filho em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada*”. Nesse contexto, é palmar a intenção de evitar o contato da mãe biológica com o sistema judicial, dentro do qual é prevista, obrigatoriamente, a prévia oitiva da genitora(ou genitores) para a tomada do consentimento com a colocação da criança em lar postigo(conforme parágrafo único do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes. Parágrafo único. Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.*”). Saliente-se que, nesta audiência, incumbe ao Juiz, com a fiscalização e a participação do Ministério Público, advertir os genitores acerca das consequências de sua manifestação de vontade, sendo a oportunidade, inclusive, para eventual retratação(que, em muitos casos, efetivamente ocorre). E, aqui, cabem algumas indagações: a quem interessa a supressão desta importante solenidade judicial, “terceirizando” a técnicos da área da Saúde as orientações fundamentalmente jurídicas a serem transmitidas à genitora sobre os efeitos irreversíveis de uma adoção? Quais os motivos do alijamento da intervenção judicial(em processo em que sempre é preservado o sigilo dos envolvidos e no qual é possível a fiscalização e a eventual reforma da decisão), prestigiando os procedimentos efetuados e os termos firmados nas dependências de um estabelecimento hospitalar, sem qualquer mecanismo de controle sobre a sua correção? Em suma, a quem serve esse aumento da opacidade? Todas as respostas convergem para a mesma evidência: a pretensão, indisfarçada, de ampliar, açodadamente, o número de adoções consensuais, em prol dos interessados na adoção, cujo desejo, na grande maioria dos casos, recai em crianças recém-nascidas. Prova desta intenção é o disposto no artigo 13, §2º, do PL 3220/2008, que ao tratar dos casos em que uma criança é encontrada em abandono, sintomaticamente, assim prevê: “*A pessoa que encontrou a criança, se o desejar, poderá ficar com ela sob seus cuidados, tendo a preferência para a adoção*”. Ora, afastada a hipótese de ter obrado o redator do projeto com uma ingenuidade extremada, este dispositivo foi

de que, nos casos concretos e pontuais, a criança abrigada não sofra as consequências graves e negativas advindas de um longo período de institucionalização e de privação de afeto.

Em síntese, ainda que se compreenda a gravidade e urgência do contexto fático que serviu de base para a sentença que invocou, novamente, o princípio do melhor interesse em detrimento das normas específicas de regência, dúvidas há de que a solução tenha sido a mais pertinente e que mais tenha garantido os direitos da criança Paulo.

4.2.3 A edição de portarias judiciais genéricas

O último precedente a ser examinado encontra-se retratado nos autos do mandado de segurança de nº 70008657322, julgado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O *writ* foi impetrado por uma empresa que explorava jogos eletrônico em comarca da região metropolitana de Porto Alegre, tendo por alvo portaria judicial – editada em 2004 – que, com o fito de preservar os melhores interesses das crianças e dos adolescentes, proibiu “*aos menores de 18(dezoito) anos de idade a entrada e permanência em estabelecimento que explore comercialmente bilhar, sinuca(congêneres) fliperama, ou casa de jogos, inclusive eletrônicos*”.

A impetrante sustentou que a indigitada portaria judicial teria extrapolado o rol contido no artigo 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷², ampliando o

inserido com o desiderato de justificar toda e qualquer adoção, independentemente do respeito aos cadastros/listas de adoções existentes em todos os estados brasileiros. Para tanto, basta que qualquer interessado em uma criança combine/contrate com sua genitora(mesmo que ainda com o filho no ventre) a entrega informal do recém-nascido, como sói acontecer, com a posterior e tranquila formalização judicial, com a mera alegação de que a criança foi encontrada e invocando-se o “direito legal de preferência”, que constituiria uma espécie de prêmio pelo acaso ou mérito pela sorte. E, novamente, aqui cabe a pergunta: qual o interesse da criança/adotando na previsão desse direito de preferência, excluindo o uso seguro e democrático da lista de habilitados a adoção, já previamente avaliados e identificados como aptos a acolhê-la, tudo em prol de uma pessoa cuja qualificação/capacidade estará resumida ao fato de tê-la encontrado? E a resposta segue sendo a mesma.

¹⁷² “Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realize apostas, ainda que

alcance da expressão “casa de jogos”.

Ressalte-se que a Câmara Recursal não acolheu o fundamento fático-jurídico apresentado pela empresa impetrante, aduzindo, em síntese, que a autoridade judiciária possuía competência para regulamentar o tema, além das hipóteses legais, com esteio no disposto no artigo 149, inciso I, alínea *d*, do Estatuto¹⁷³.

Não obstante isso, foi concedida a ordem para cassar a portaria judicial, sob o fundamento de que a disciplina quanto à entrada e permanência de criança ou de adolescente em estabelecimentos que explorem jogos eletrônicos, embora possa ser feita pelo Juiz da Infância e da Juventude, não pode ter caráter geral, consoante regra expressa prevista no artigo 149, parágrafo 2º, do Estatuto.¹⁷⁴

Constou, ainda, das razões do acórdão a observação de que a disposição do citado parágrafo 2º do artigo 149 segue a lógica do sistema legiferante encartado no artigo 59 da Constituição Federal, cabendo somente à lei, dotada de abstração e generalidade, o poder de inovar o ordenamento jurídico positivo.

Saliente-se que o precedente ora em análise foi pinçado como exemplo de realidade que vem-se repetindo com considerável frequência, mormente nas comarcas de pequeno porte de todo o país, nas quais o Poder Judiciário, muitas vezes sob a pressão e insistência da comunidade, tem assumido o papel de legislador, empregando a norma do artigo 149 do Estatuto de maneira ampla e ilimitada, olvidando-se da clara e expressa restrição prevista no mesmo dispositivo, que exige a análise caso a caso e obsta as determinações de caráter geral.

Novamente, sob o argumento do respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes, opta-se por desconsiderar a norma específica de regência, redundando em escancarado retorno ao modelo tutelar, fazendo repristinar o já

eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.”

173 “Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: [...] d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas”.

174 Art. 149, § 2º, do Estatuto: “As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.”

citado artigo 8º do revogado Código de Menores¹⁷⁵.

Aliás, diversas são as portarias judiciais genéricas no âmbito da Infância e da Juventude que permanecem em vigor, em diversas comarcas, em razão de que não houve insurgência formal à sua edição, sublinhando-se que, conquanto o mandado de segurança venha sendo aceito como remédio jurídico contra essa modalidade de portaria judicial, o artigo 199 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷⁶ prevê, expressamente, que é a apelação o recurso cabível contra decisões proferidas com estribo no artigo 149 do mesmo diploma legal.

A princípio, pode-se considerar inusitada tal previsão recursal, mas, em verdade, está ela em consonância com o novo modelo adotado pelo Estatuto, no qual cada portaria deve corresponder a um específico caso concreto, com suficiente delimitação das pessoas que serão atingidas pelo provimento judicial, que serão as legitimadas a recorrer.

Em suma, as portarias editadas com alicerce no artigo 149 do Estatuto assumem a natureza de ato jurisdicional, e não meramente administrativo¹⁷⁷, com a conseqüente necessidade de observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, dentro de um devido processo legal que redundará em ato de cunho decisório e necessariamente fundamentado¹⁷⁸.

175 No mesmo sentido era a disposição do artigo 131 do Decreto nº 17.943-A/1927(Código Mello Mattos): *“Art. 131. A autoridade protectora dos menores póde emitir para a protecção e assistencia destes qualquer provimento, que ao seu prudente arbitrio parecer conveniente, ficando sujeita á responsabilidade pelos abusos de poder.”*

176 *“Art. 199. Contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação.”*

177 Reitera-se, aqui, o importante papel da nova Doutrina da Proteção Integral ao devolver ao Poder Judiciário o pleno exercício de sua função jurisdicional, dele retirando as ações administrativo-assistenciais que lhe eram incumbidas pela Doutrina da Situação Irregular. Na atual ordem jurídica, essas atividades eminentemente executivas recaem no Conselho Tutelar, que é um órgão não-jurisdicional “[...] encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”(art. 131 do Estatuto), e, por isso, não se confunde ou é absorvido pelo Justiça da Infância e da Juventude. Por conseguinte, ressalvada a hipótese pontual de inexistência do Conselho Tutelar, prevista no artigo 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente(*“Art. 262. Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária”*), descabe ao Poder Judiciário imiscuir-se na formulação e execução das políticas de atendimento da população infanto-juvenil, ou seja, não há mais justificativa para a judicialização dessas medidas assistenciais/protetivas, que, no entanto, ainda persistem na prática judicativa brasileira, conquanto já passadas quase duas décadas de vigência do Estatuto.

178 Nesse sentido é o acórdão nº 596102418 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho assim ementado: *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTIGOS 149, PAR-2, E 258 DO ECA. Caráter geral da portaria expedida pelo Poder Judiciário. Cerceamento de defesa*

No entanto, apesar da expressa previsão dos limites da competência do julgador no manejo das portarias na área da Infância e da Juventude, há órgãos do Poder Judiciário que resistem a adequar-se à nova realidade jurídica.

Como conseqüência disso, tomando o exemplo gaúcho, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sua Consolidação Normativa Judicial – que busca reunir em um único documento as orientações para os atos dos membros do Poder Judiciário Estadual – tem mantido, ao longo de suas sucessivas atualizações, um capítulo específico sobre as portarias judiciais editadas com suporte no artigo 149 do Estatuto.

Na predita Consolidação, existe a explícita indicação do descabimento da regulamentação genérica, por portaria judicial, de vedação ou restrição à entrada ou permanência de crianças ou adolescente nos estabelecimentos a que refere o já citado artigo 149, assinalando, também, a necessidade de observância do devido processo legal.¹⁷⁹

No mesmo diapasão, o Primeiro Encontro de Juízes da Infância e da Juventude do Rio Grande do Sul, ocorrido no ano de 2001, apresentou como uma de suas conclusões:

por falta de oportunidade de produção de prova requerida antes da sentença. Falta de fundamentação. Houve generalização na portaria judicial que regulamenta o artigo 149, do ECA. Assim, há necessidade da decisão ser casuisticamente fundamentada. No processo em que não foi oportunizada produção de prova requerida antes da sentença, houve cerceamento de defesa. Recurso provido. (Apelação Cível nº 596102418, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador João Adalberto Medeiros Fernandes, julgado em 29-08-1996).

179 Consolidação Normativa Judicial(atualizada até o provimento 22/2009): “Art. 957 – Considerando o art. 149 da Lei nº 8.069/90, ao ser expedida portaria judicial dever ser observado que, por expressa vedação legal, descabe a regulamentação genérica vedando ou restringindo, de modo indiscriminado, a entrada ou permanência de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais, nos estabelecimentos e atividades a que se refere o referido artigo; Art. 958 – Em atenção ao disposto no § 2º do art. 149, antes citado, recomendável a apuração, caso a caso, do implemento das condições estabelecidas no § 1º, assegurando-se à parte interessada o direito ao devido processo legal nos termos do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal; Art. 959 – Concluindo o magistrado pela nocividade efetiva ou potencial do ambiente à frequência de crianças e adolescentes de 18 anos, recomenda-se a expedição de portaria específica para o estabelecimento ou atividade em questão, sem prejuízo de providências acautelatórias em sede liminar, quando assim recomendadas pelas circunstâncias; Art. 960 – Descabe exigir dos Conselhos Tutelares (ECA, art. 136) a fiscalização do cumprimento das portarias expedidas com fundamento no art. 149 do ECA, por não haver expressa atribuição de tais competências, nem tampouco tratem-se de Órgãos administrativamente subordinados à Autoridade Judiciária (ECA, art. 131), sem prejuízo, porém, da colaboração espontânea que, nos termos do art. 136, inc. IV, c/c o art. 194 do mesmo Estatuto, possam vir a prestar.”

Propor que os Juízes com jurisdição na área da Infância e Juventude se abstenham de expedir portarias genéricas disciplinando ingresso, permanência e participação de crianças e adolescentes em estabelecimentos e espetáculos, nos termos do art. 149, parágrafo segundo, do ECA.

Identifica-se, portanto, a tentativa reiterada de obstar a edição das indigitadas portarias genéricas, que constituem verdadeiros simulacros de leis, mercê de sua abstração e de sua pretensão de alcance *erga omnes*, e implicam evidente desvio da atividade judicante¹⁸⁰.

Nesse particular, cabe sublinhar a compreensível situação de desconforto dos Juízes, em especial daqueles que jurisdicionam em pequenas comunidades, nas quais o controle e a pressão sociais são muito mais sentidos.

Ademais, essas comunidades tendem a assumir uma posição de maior rejeição ou de restrição às “modernidades”, motivo por que o modelo tutelar ainda encontra nelas livre trânsito e, às vezes, candente defesa, com a conseqüente cobrança para que a autoridade máxima – o “Juiz de Menores” – atue de modo visível e exemplar em relação às suas crianças e a seus adolescentes, restringindo seus passos por meio de portarias.

Nesse norte, Marques(2000), em artigo específico sobre o tema, alerta para a presença, ainda nos dias atuais, de decisões judiciais legitimando a normatividade genérica das portarias¹⁸¹, traduzindo uma das faces mais visíveis do subjetivismo

180 À guisa, também, de exemplo da abrangência nacional da cultura das “portarias-leis”, no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, merece observação a providência tomada pelo Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, em simetria com o órgão correicional gaúcho, editou a Resolução 02/2006, para o efeito de revogar todas as portarias de cunho generalizante e ampliativo expedidas por Juízes da Infância e da Juventude. A intervenção adotada, de modo vertical, pelo Tribunal Fluminense deveu-se a reiteradas “atitudes legiferantes” dos juizes de primeiro grau apuradas em expediente administrativo (processo nº 2004.004.00959) a seguir exemplificadas, sem maiores pormenores: a) portarias que criaram novos tipos penais; b) portaria que disciplinou o consumo de alimentos em escolas, com a vedação da venda de determinados produtos; c) portaria que vedava o uso de *skates* e patins em praça pública, com previsão de apreensão dos objetos; d) portaria disciplinando o transporte de crianças em veículos *vans*; e) portaria determinando o cadastro, para efeitos de controle, de adolescentes praticantes de artes marciais; f) portaria determinando a necessidade da prévia autorização judicial para realização de qualquer evento musical no perímetro da comarca.

181 Por oportuno, transcreve-se notícia estampada na rede mundial de computadores, em 15 de junho de 2009, que bem demonstra a atual prática judicial nas pequenas(mas não só nelas)

que se tem emprestado ao conceito de melhor interesse da criança.

Segundo o citado jurista, a limitação de acesso e permanência de crianças e de adolescentes nos locais arrolados, em *numerus clausus*, no artigo 149, inciso I, do Estatuto, deve ser exceção, em homenagem ao direito de liberdade estampado no artigo 5º do Estatuto, devendo o Estado-Juiz agir somente mediante provocação.

Nessa esteira – e à guisa de conclusão –, cumpre referir que a Constituição

comarcas brasileiras e a lógica tutelar que ainda a sustenta: “Juiz decreta toque de recolher para menores no interior da Bahia. Começa a vigorar a partir desta segunda-feira (15) o toque de recolher para crianças e adolescentes de três cidades do interior baiano: Santo Estêvão, Ipecaetá e Antônio Cardoso, localizados respectivamente a 147, 161 e 141 km de Salvador. A medida foi determinada pelo juiz José Brandão Neto, que assumiu a comarca de Santo Estêvão em fevereiro. O objetivo é tentar reduzir os índices de criminalidade na região. Segundo a polícia da cidade, cerca de 60% dos delitos no município, assim como nas duas cidades vizinhas, são praticados por menores de idade. 'São pequenos furtos cometidos contra pedestres, casas comerciais e até mesmo a participação no tráfico de drogas, já que as crianças e adolescentes são usados pelos traficantes como 'aviões' (jargão usado para denominar quem passa a droga)', diz o delegado José Teixeira. 'Acreditamos que, com essa medida, o índice tenda a diminuir', aposta o delegado. Conforme a determinação judicial, crianças de até 12 anos devem chegar em casa até as 20h30. Os adolescentes de até 14 anos, devem deixar as ruas no máximo às 22h. Já aqueles com idades acima de 14 até 18 anos incompletos não podem ficar na rua além das 23h. O decreto, porém, prevê algumas exceções. Nos finais de semana, feriados e vésperas de feriados, haverá tolerância de uma hora. Nas datas festivas, como o São João, Natal, festas religiosas e históricas, os menores ficam liberados para comemorar. Outra concessão, como explica o juiz, é que os pais de adolescentes maiores de 16 têm a opção de requerer uma 'carteira de acesso', um documento que será emitido pelo Juizado da Infância e Juventude, mediante autorização por escrito dos pais, que assumem total responsabilidade pelos atos praticados pelo filho. A carteira põe fim às restrições de horário. 'A ideia, no entanto, é que os pais, que começam a se mostrar em acordo com a medida, colaborem com orientação da Justiça e mantenha seus filhos em casa', observa o juiz. Ele informa que antes de tomar a decisão de decretar o 'toque de acolher', como prefere chamar a medida, foram realizadas várias reuniões com autoridades dos três municípios. 'Era preciso saber se encontraríamos respaldo, e se havia interesse comum em tirar esses adolescentes das ruas à noite. O que vimos foi um total apoio. Os próprios prefeitos nos disseram que há tempos buscavam uma alternativa similar. Foi uma aceitação unânime', afirma o juiz Brandão Neto. Ele se diz um defensor da ideia de que a Justiça deve interferir nas questões sociais e não apenas julgar fatos já ocorridos. 'Não podemos deixar esses jovens sem rédeas', reafirma. A conselheira tutelar Patrícia Santana dos Santos mostra-se entusiasmada com a iniciativa do juiz. 'Somos totalmente a favor. Se houver resistência, será apenas por parte dos menores', diz, observando que o decreto será fundamental para chamar os pais à responsabilidade. 'Os pais não podem ir dormir e deixa-los soltos nas ruas, entregues à própria sorte. Aqui em Santo Estêvão e nos municípios vizinhos vemos muitos pais relapsos e isso nos dá muito trabalho', reclama. A medida será acompanhada pela Polícia Militar, durante as rondas noturnas, Polícia Civil, comissários de menores e das prefeituras das três cidades. O menor apanhado nas ruas fora do horário será levado para o Juizado da Infância e Juventude, de onde só sairá com os pais ou responsáveis. José Brandão acredita que este constrangimento será suficiente para gerar os efeitos desejados. No entendimento do juiz, o comportamento do jovem numa cidade de interior difere daqueles que moram nos grandes centros. Os casos de reincidência serão encaminhados para o Ministério Público, que deverá adotar as medidas cabíveis junto aos pais ou responsáveis. Segundo Brandão Neto, a iniciativa chamou a atenção de colegas de outras comarcas, que começam a manifestar interesse em adotar medida semelhante” (disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/06/15/ult5772u4323.jhtm>).

Federal, em seu artigo 227, *caput*, a Convenção de 1989, em seu artigo 31.1, e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu capítulo IV, são claros ao afirmar o direito das crianças ao lazer e às atividades sociais, descabendo ao Poder Judiciário emitir ordens de caráter geral que visem a restringir o exercício desse direito, fazendo o trabalho do legislador, em uma interpretação do princípio do melhor interesse que resulta no desrespeito às regras nacionais de regência e desatende, também, o próprio sistema jurídico estampado na referida Convenção.

5 O COMPROMISSO COM O CONTEÚDO DA DECISÃO: UMA TENTATIVA DE CONTRIBUIÇÃO

Neste último capítulo, pretende-se apresentar, criticamente, as alternativas para a supressão ou mitigação dessa acentuada discricionariedade judicial identificada nas demandas que tramitam na Justiça da Infância e da Juventude, que se caracteriza, sobretudo, por uma especial forma de negar concretude ao Novo Direito da Criança e do Adolescente, erigido sob o marco de uma doutrina reconhecidamente democrática e fruto de uma significativa mobilização social.¹⁸²

Nesse contexto, cumpre que sejam reafirmados os méritos da posição defendida por Cillero B., já referida no terceiro capítulo desta dissertação, visto que exterioriza nítida preocupação de impor limites ao julgador, mormente àquele ainda comprometido com o modelo tutelar.

Com esse propósito, o doutrinador chileno limita a aplicação do princípio do melhor interesse à sua vinculação estreita com a efetivação dos direitos já declarados na normativa internacional e reproduzidos nos ordenamentos jurídicos internos.

No entanto, embora não se olvide dos graves motivos fáticos que conduziram a esta proposta (acolhida, inclusive, em recentes legislações, conforme já visto na observação constante da nota de rodapé número 123), é forçoso reconhecer-se – como, aliás, admitido, em certa medida, pelo próprio Cillero B. – que tal critério restritivo de aplicação do princípio do melhor interesse da criança (já limitado por antecipação, ou seja, pré-dado) ensejaria, além da redução artificial do

182 Ao tratar da função modificadora do Direito, Luigi Ferrajoli realça que uma das mais caras atribuições do sistema jurídico “[...] é justamente aquela de modificar a realidade, fazendo com que aconteça (ou que não aconteça) aquilo que em sua ausência aconteceria (ou não aconteceria). É precisamente a consciência desta dimensão pragmática do direito, me parece, a chave para se opor a todos estes obstáculos, e se não se consegue eliminá-los, pelo menos reduzi-los. O direito que emerge das garantias e do constitucionalismo constitui simultaneamente um modelo e um projeto de democracia cuja realização depende da ação e da responsabilidade de todos. Da mesma forma que estas leis não caíram do céu, mas foram conquistadas pela mobilização social, também sua defesa e implementação dependerão sobretudo do compromisso conjunto da cultura jurídica e das forças democráticas presentes na sociedade civil” (2001, p. 12).

fenômeno, a configuração de um princípio redundante/pleonástico¹⁸³.

Nesse sentido, tomando por premissa que o respeito aos direitos declarados estaria ínsito a todo ordenamento jurídico(dentro da normal cogência/vinculação da ordem jurídica), resultaria, em tese, desnecessária a existência do predito princípio plasmado na Convenção, ao menos no que se refere estritamente ao plano jurídico, sem a consideração de todo um histórico tutelar já mencionado.

Em suma, o princípio restaria esvaziado, restringindo-se, no que se refere à prática judicativa, a um lembrete destinado ao julgador para que leve a sério o Novo Direito da Criança e do Adolescente e o novo paradigma que o norteia.

Assim, no atual momento histórico dos direitos das crianças e dos adolescentes(exemplificado prático-problematicamente no exames dos precedentes), não se verifica como suficiente a proposta de Cillero B.(já vigente nas legislações argentinas e uruguaias) como antídoto solitário para as investidas discricionárias comprometidas com a anciã Doutrina da Situação Irregular.

Saliente-se que, conquanto se faça eco à pretensão de Cillero de neutralizar o uso desvirtuado do princípio do melhor interesse(como o “cavalo de tróia” dos neomenoristas), persiste a preocupação com a possibilidade de, no caso concreto, ser utilizada argumentação pelo intérprete que instale uma fictícia assimetria entre o princípio do melhor interesse da criança e uma outra norma jurídica(regra ou princípio) de maior especificação textual do que aquele, como visto na análise dos precedentes, no quarto capítulo desta dissertação.

Ora, ainda que artificial ou fictício o conflito entre o princípio do melhor interesse e as normas jurídicas de incidência específica para o caso concreto, não há como se fechar os olhos para a sua clara reiteração nas decisões proferidas na

183 Como exemplo dessa função pleonástica do princípio do melhor interesse da criança, transcreve-se a ementa do seguinte acórdão(sem grifos no original): *APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO. ENTREGA DE CRIANÇA AOS CUIDADOS DE TERCEIRA PESSOA CAPAZ DE LHE PROPORCIONAR CUIDADO ADEQUADO. INOCORRÊNCIA DE GRAVE VIOLAÇÃO AOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. Verificado que a criança não esteve exposta a situação de risco e que o propalado abandono foi, em verdade, a entrega da criança a pessoa capaz de cuidá-la adequadamente, reforma-se a sentença, privilegiando, a bem do superior interesse da criança, o direito à convivência familiar. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70014552947, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/08/2006).*

Justiça da Infância e da Juventude, restando sempre vencedor o predito princípio do melhor interesse no julgamento da demanda, até porque a sua expressa invocação (chamamento) na fundamentação já sinaliza para a intenção do aplicador/intérprete de empregá-lo, ao final, como causa determinante de sua decisão.

Neste ponto, cabe a análise crítica da eventual contribuição das teorias discursivas/argumentativas para a solução ou redução do problema prático que é alvo desta pesquisa.

Dentro dessa moldura procedimental(direcionada ao método), a solução restaria atrelada a uma relativização do culto aos princípios que grassa na doutrina hodierna, para a qual o desrespeito ou negativa de vigência a um princípio constitui fato muito mais grave do que a violação de uma regra, sob o argumento de que se estaria subvertendo os valores fundamentais do sistema jurídico. Como consectário lógico desta visão, seria indiscutível a preponderância dos princípios sobre as regras.

Nesse norte, merece menção a posição de Juarez Freitas(2004) que, em obra específica sobre a interpretação do Direito, exalta os princípios jurídicos, sublinhando sua diferença em relação às regras não propriamente pela generalidade, mas por uma qualidade argumentativa superior.

Segundo o citado autor, as regras – ou as normas estritas – devem ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios, existindo para a finalidade de *“[...] harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los nem deles subtrair eficácia direta e imediata”*(FREITAS, 2004, p. 292).

Dessa premissa decorreria o princípio da hierarquização axiológica, que serve de esteio para a interpretação do Direito proposta por Freitas, com a consequência que,

[...] havendo colisão, deve ser realizada uma interpretação em conformidade com os princípios[...], sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, preponderem. A primazia da “fundamentalidade” faz com que – seja na colisão de princípios, seja no conflito de regras – um princípio, não uma regra, deva ser erguido como proeminente.(2004, p. 291).

Ora, no que se refere ao plano teórico/normativo, não há maiores controvérsias de que os princípios jurídicos ocupam um espaço basilar na lógica de todo o sistema jurídico e, por isso, mostra-se coerente a sua preponderância, em tese, em relação às regras e às demais normas jurídicas de menor abrangência axiológica.

Entretanto, transposto esse raciocínio para a prática judicativa, de modo absoluto (como método certo), poder-se-ia alcançar a indesejada conclusão de que as decisões comentadas no capítulo quarto desta dissertação não mereceriam retoques, encontrando esteio no critério de prevalência.

Em suma, as decisões, independentemente do exame de seu conteúdo, seriam sustentadas no uso adequado de uma fórmula prévia, ou seja, a correção/validade do julgamento guardaria vinculação com a previsão, no fundamento da sentença/acórdão, do referido critério de preponderância dos princípios sobre as regras.

Em outros termos, adotada, sem reservas e acriticamente, a posição procedimental de Freitas, seria possível a conclusão pseudo-conteudística de que as decisões judiciais comentadas no capítulo quarto foram híidas e afirmativas do novo paradigma da proteção integral, uma vez que o princípio do melhor interesse da criança, por sua maior abrangência e pretensão de abarcar e direcionar todas as condutas, justificaria a negativa de vigência de regras jurídicas mais estritas, embora fossem todas elas garantidoras de direitos (mais especificamente o direito à liberdade, o direito à convivência familiar e o direito ao lazer e às atividades sociais).

Evidenciado, pois, o risco prático que decorre da noção absoluta de princípio como norma que, sempre, deve pairar sobre todas as demais de menor carga axiológica, sob um prisma hierárquico.

Sob enfoque diverso, mas também comprometido com as teorias discursivas/argumentativas de viés procedimental, Humberto Ávila (2004) apresenta uma teoria diferenciada e que merece análise em razão de ser, também, invocável como proposta de solução para o problema da discricionariedade que perpassa esta

pesquisa.

Nesse norte, Ávila trilha o caminho oposto àquele adotado por Freitas, ou seja, se opõe à ideia da forçosa vitória do princípio em caso de colisão¹⁸⁴ com uma regra.

Rumando em direção oposta, o referido autor defende que, tratando-se de normas jurídicas de mesmo nível hierárquico – tendo por baliza a Constituição –, em caso de ocorrência de um autêntico conflito, deve ser dada primazia à regra, justificando assim a sua conclusão:

[...] as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade[...]. A expressão “trincheira” bem revela o obstáculo que as regras criam para a sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras” (2004, p. 83).

Ora, esse entendimento é, em tese, mais atraente como resposta ao problema da maximizada discricionariedade existente no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, para o efeito de remeter o princípio do melhor interesse da criança à sua função complementar e de reforço às regras jurídicas garantidoras de direitos, afastando sua força excludente das demais normas pela invocação de um alegado conflito.

Por conseguinte, tomando-se como exemplo os precedentes comentados no quarto capítulo – todos envolvendo direitos fundamentais com seio na Constituição Federal e na Convenção Internacional de 1989 –, a adoção do critério da prevalência das regras sobre os princípios permitiria afastar a aplicação temerária

184 A ideia da colisão de normas está sempre presente nas teorias argumentativas e justifica a necessidade da identificação de um método para solucioná-la.

ou distorcida do melhor interesse, porquanto, mesmo que admitida a existência de uma colisão de normas de mesma hierarquia, preponderaria aquela de maior especificação do direito declarado, respeitando-se, com isso, o que Ávila cunhou como “*decisão parlamentar preliminar*”, que, necessariamente, vincula o julgador em sua interpretação.

A vingar essa posição, pois, estaria afastado o uso discricionário do princípio do melhor interesse, limitando a ação do intérprete à mínima observância do sistema jurídico vigente, em especial o direito positivo, ou seja, que decorre da opção parlamentar dentro das divisões de competência de cada Poder do Estado.

No entanto, embora haja clara sofisticação na teoria de Ávila, conclui-se que a sua aplicação prático-judicativa pouco difere dos resultados que seriam alcançados pela adoção da postura redundante/pleonástica de Cillero B. Isso porque, em última análise, o princípio do melhor interesse sempre estaria neutralizado pelas normas específicas, ou por ser mero “texto de recordação”(Cillero B.) ou por estar previamente derrotado pela “função decisiva” que qualifica as regras(Ávila).

Portanto, é de rigor que se assuma uma postura que, efetivamente, sirva como obstáculo à discricionariedade judicial, sem que, para tanto, haja o compromisso com receitas prévias(matemáticas) de interpretação que conduzam para uma morte inexorável e antecipada do princípio do melhor interesse da criança.

Para tanto, é necessário que o específico problema sob análise nesta dissertação(a exemplo de todos os demais que estejam inseridos na prática do Direito) seja enfrentado sob o pálio de um pensamento comprometido com as correntes pós-positivistas.

Assim, guardando coerência com o propósito eminentemente prático desta dissertação(já que o problema é existente na prática judicativa) e sob o marco teórico das correntes do pensamento do Direito também comprometidas com o mundo prático¹⁸⁵, cabe, de antemão, referir que (a) não se tem, aqui, a pretensão de

185 Sempre recordando que “[...] ainda não temos o direito pelo fato de termos um sistema jurídico, que representa apenas uma possibilidade ideal e abstrata do direito que ainda não se manifestou, pois, como acentua Castanheira Neves, 'o direito não é(não é direito) sem se manifestar na prática e como prática'.”(NEDEL, 2009, p. 172).

apresentar uma fórmula infalível e antecipada para desterrar as ações discricionárias no âmbito da Infância e da Juventude, assim como (b) não se busca a sujeição acrítica ao direito positivo(escrito) que preveja direitos e garantias da população infanto-juvenil, com o conseqüente engessamento da ação do aplicador/intérprete.

Na realidade, o singelo propósito deste trabalho de pesquisa visa a comprometer o aplicador/intérprete do Direito(em especial, o juiz) com o conteúdo de sua decisão, responsabilizando-o pelo resultado prático do caso decidido, para o efeito de que não seja ele sempre “absolvido” das conseqüências de seu agir sob a invocação (a) de que se limitou a aplicar, silogisticamente, a lei ou (b) de que fez preponderar princípios de maior graduação numa colisão de normas, às vezes, por ele próprio engendrada.

O julgador – mais do que todos os aplicadores/intérpretes do Direito – deve atuar com a plena consciência da sua grave função, a fim de que não recaia em uma aplicação burocrática e repetitiva do *status quo*¹⁸⁶ ou em uma aplicação desmedida de suas convicções, sem a aceitação de qualquer limite normativo, já que estes são os extremos do mesmo problema prático decorrente, ainda, da cultura positivista que domina o imaginário dos “operadores” do Direito.

Sob esse enfoque, é de rigor que, especialmente na seara da Justiça da Infância e da Juventude, o juiz se importe com o texto legal, que constitui pauta mínima para a sua atuação.

Nesse norte, Lenio Streck, ao defender a tese de que a interpretação/aplicação do direito é incompatível com “graus zeros de sentido” e que o texto deve ser levado a sério, adverte:

186 Cria-se, assim, uma espécie de jurisprudencialismo cômodo-burocrático que constitui a antítese do jurisprudencialismo na concepção de Castanheira Neves. Nesse sentido, cabe a transcrição do candente alerta formulado pelo saudoso mestre Ovídio A. Baptista da Silva: “Para quem visualiza o sistema pela perspectiva de um operador forense, seu funcionamento não se mostra apenas insatisfatório. Mostra-se assustador. Como era de supor, a extraordinária litigiosidade que caracteriza nosso tempo, obriga os magistrados a padronizarem suas decisões, praticando - com maior ou menor vocação para o normativismo abstrato - uma jurisdição ‘pasteurizada’, sem compromisso com o ‘caso’. Não há como ser diferente. O normativismo burocrático invade os cantos e recantos do sistema, contaminando a prática forense. Não há remédio capaz de superar esta contingência. Pelo menos, não há remédio, até o ponto em que nossa vista pode alcançar”(2009, p. 94).

Mas atenção: a afirmação de que “o intérprete sempre atribui sentido(Sinngebung) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma).[...] Portanto, todas as formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas. O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito – não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto(lembramos: texto é um evento) de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico(portanto, mesmo entendido, neste caso, como “enunciado lingüístico”)(2006a, p. 155 – sem grifos no original).

No mesmo passo, Dworkin, ao descrever o esforço interpretativo do Juiz Hércules(personagem por ele criado e qualificado como “herói da limitação judicial”), afirma que ele(julgador) deve respeitar a integridade de princípios, bem como tem o dever de empenhar-se para evitar tudo que possa recordar uma justificativa conciliatória que combine princípios em contradição para o efeito de explicar diferentes partes da mesma lei, arrematando que: “*Deve evitar isso, se puder fazê-lo de modo coerente com o texto, mesmo quando desconfiar que o texto da lei, enquanto fato histórico, foi um lapso na integridade, um acordo do mesmo tipo que ele deve tentar ignorar na lei que interpreta*”¹⁸⁷(2003, p. 406).

Em resumo, o texto, enquanto “*fato gráfico*”(BERBERI, 2003) portador de um conteúdo estrutural mínimo, constitui, sim, uma limitação à atuação do aplicador/intérprete do Direito e, nesta conclusão, não está contida nenhuma manobra insidiosa do pensamento positivista. Ao revés, é precisamente aquele discurso auto-proclamado vanguardista¹⁸⁸ que tem justificado o manejo mirabolante

187 Em outra passagem da mesma obra, ao tratar da “integridade textual”, o jusfilósofo norte-americano reitera essa posição: “*Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor*”(2003, p. 405).

188 Atualmente, está na moda(como o último grito) aquele discurso supostamente heroico do aplicador/intérprete que deixa de buscar amparo no texto legal injusto em prol da realização do justo, conforme a valoração por ele próprio efetuada de modo idiossincrático. No outro extremo, aqueles que ousam invocar, ainda que criticamente, um texto legal são taxados de positivistas, que não têm a coragem de mudar o *status quo*. Mas, embora seja moda, recomenda-se toda a cautela no eventual mergulho nessas águas, já que elas aparentam ser rasas e, no entanto, elas têm, no mais das vezes, uma profundidade que causa espanto para aqueles bem-intencionados julgadores heróis. Nesse particular, é preciosa a contribuição de Eros Grau, em sua crítica ao denominado direito alternativo: “*Ninguém bem-intencionado há de negar a*

de princípios(chamados ao julgamento pelo próprio aplicador/intérprete) para o desiderato de desconsiderar a pauta mínima contida no texto positivo(cristalizado na legislação), redundando na mais absoluta discricionariedade; esta sim, alicerçada no positivismo.

Nesse contexto, conquanto o Direito não se resume a um “*apriorismo pressuposto das normas do sistema jurídico vigente*”, revelando-se no mundo prático-problemático dos casos concretos, é de rigor que o pensamento jurídico judicativo atue de maneira crítica e autônoma, mas “*em imanência com as normas do sistema*”(NEDEL, 2009, p. 175).

Com esteio nesses referenciais, não se pode dar guarida à tese de Eduardo Appio, que responde afirmativamente à seguinte indagação por ele próprio formulada: “*Os juízes podem julgar diretamente com base nos princípios constitucionais, de forma a manipular o sentido da lei através da interpretação conforme?*”(2007, p. 41).

Ora, ao aceitar a figura de um “juiz manipulador do sentido da lei”, o citado autor parte, metafisicamente, da equivocada ideia de que o sentido já estaria contido na lei, confundindo/identificando texto e norma e, objetificando, assim, o fenômeno jurídico.

relevância desse movimento, que, no quanto tem produzido de construção teórica entre nós, embora incipientemente, ainda, revolve, criticamente, o direito. Por certo, o direito é uma arena em que se joga a luta social. Por certo, a legalidade deve ser criticada[...]. Da crítica, contudo, lançam-se os integrantes do movimento a um tipo de praxis que pode conduzir a resultados apenas não inusitados para quem conhece os abusos e atrocidades da 'livre interpretação' que o fascismo e o nazismo predicaram. A teoria do 'direito alternativo' desemboca no subjetivismo do juiz, nada impedindo, absolutamente nada, que a norma sobre a interpretação de normas(isto é, interpretação de textos normativos) hoje consagrada – que socialmente me satisfaz – seja amanhã substituída por outra, opressiva, sacrificante de direitos fundamentais. A teoria, então, justificará a negação do próprio direito e, no limite, conduzirá à anomia. Os juízes alternativos são, como todos os juízes, dotados do poder de adotar regras sobre interpretação(meta-regras), regras que, não obstante, em regra não são postas em nenhum texto normativo. Se os adeptos desse direito alternativo aplicassem um pouco de seu tempo à reflexão a respeito da teoria geral do direito, descobririam que, quando o direito já não corresponde à natureza singular do presente(operando-se a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade), a interpretação desses textos normativos – e não das normas, visto que essas são não o que se interpreta, mas o resultado da interpretação –, à luz dos princípios, permite a sua reatualização. E que assim sempre têm procedido os juízes mais prudentes, sem alarde. A ausência do pensamento crítico produz ansiedades individualistas à margem do dinamismo, do tempo e dos compassos da História. Insisto em que se deva criticar a legalidade. Mas é necessário não esquecermos que ela tem sido um bem humano incondicional”(2005, p. 152).

Ademais, se houvesse, de fato, esse sentido prévio(ou se o autor estivesse tratando daquele substrato textual mínimo da lei) não seria lícito ao aplicador/intérprete cometer uma manipulação da redação que implicaria, forçosamente, a alteração do texto pelo juiz.

E é precisamente essa tentativa(às vezes, bem-intencionada) de superação das leis supostamente em desconformidade com princípios de *status* constitucional (como o melhor interesse da criança) que tem justificado a reprodução da doutrina tutelar, delegando ao Juiz o poder, em última análise, de reconstruir, idiossincraticamente, o texto conforme a sua particular visão de mundo.

Novamente, aqui, invoca-se o magistério de Streck, para quem a discricionariedade positivista(pois é disto que se está a falar), embora esteja, supostamente, limitada pelo ordenamento jurídico, produz, inexoravelmente, uma espécie de mundo da natureza, no qual impera uma “*liberdade interpretativa*”(sinônimo de decisionismo) em que, ao fim e ao cabo, “*cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade*”. Tal fenômeno ocorre porque as limitações impostas ao aplicador/intérprete pelo texto legal restam superadas/ultrapassadas por um “*aprimoramento genético*” do positivismo, que, não se subordinando aos marcos limitadores do sistema, cria mecanismos de escape(2006c, p. 268).

Nesse rumo, afastando-se de quaisquer posturas ingênuas, Streck observa, com acuidade, que “*o direito, longe de estar imune, é instrumento de poder*” e “*há momentos em que o texto jurídico não reflete o interesse do intérprete*”(e, para o Novo Direito da Criança e do Adolescente, esta afirmação tem um significado prático extremo). Por conseguinte, desinteressando o texto para o julgador, mostra-se de todo conveniente a adesão àquelas teorias que maximizam a subjetividade do intérprete, colocando, oportunamente, os textos jurídicos em um segundo plano(uma mera opção). E, nesses casos, “[...] *até mesmo os textos constitucionais podem soçobrar diante da plenipotenciabilidade da consciência do intérprete*”(2006c, p. 269, sem grifos no original).

Aprofundando o foco da análise para a realidade da atuação da Justiça da Infância e da Juventude, não há como se desconsiderar que aplicar/interpretar o

Direito é, sobretudo, contextualizar.

E, antes de partir para o aplauso de posturas judiciais “voluntaristas”(e tidas como vanguardistas) que emprestam ao princípio do melhor interesse ilimitados alcances, é necessário que se conheça, minimamente, a específica história do “Direito do Menor” e que se tenha a noção de que o Novo Direito da Criança e do Adolescente(no âmbito global e, sobretudo, no caso brasileiro) foi o resultado de verdadeira luta social que redundou na positivação de um ordenamento jurídico notavelmente diverso e muito mais democrático¹⁸⁹.

É dever, pois, do julgador conhecer a realidade e o passado recente desse direito, para não ser atraído pelo “canto da sereia”, com a conseqüente produção pelos juízes(intérpretes autênticos, na conceituação kelseniana) de juízos inautênticos¹⁹⁰ da problemática do direito, cujo resultado prático é o oposto de uma alegada “atualização” do Direito da Criança e do Adolescente, na medida em que repristina o modelo tutelar do século passado.

Nesse norte, a concretização do paradigma da proteção integral não se conforma com um pseudo-jurisprudencialismo burocrático, meramente

189 Streck, também ao prefaciar a obra de Rafael Tomaz de Oliveira, observa que “[...] antes não tínhamos constituição(e tampouco democracia) e éramos obrigados – os juristas críticos – a ser ‘realistas’ ou ‘pragmatistas’; hoje, temos uma Constituição que deve ser o alfa e o ômega da conduta dos juristas e, por isso, a tarefa de qualquer teoria do direito preocupada com a democracia e os direitos fundamentais deve ser a de concretizar a Constituição. Isso significa dizer que não há mais espaços para voluntarismos e decisionismos baseados em discursos com pretensão corretiva”(2008, p. 11).

190 Aqui, cabe repisar o que já foi alvo de análise no terceiro capítulo desta dissertação. Isso porque este é o fenômeno central que explica a profunda crise de implementação do novo paradigma da proteção integral: os juristas brasileiros, nas últimas duas décadas, vêm assumindo como válido/verdadeiro um modelo tutelar que vigeu no país desde o início do século XX e que embasava toda e qualquer prática judicial atinente à população infanto-juvenil. No entanto, esse paradigma discricionário e delegador da solução da demanda ao (im)prudente arbítrio judicial foi completamente superado pelo Novo Direito da Criança e do Adolescente; mas, ao que parece, a verdade estático-metafísica permaneceu a mesma que vinha sendo transmitida pela tradição tutelar, alcançando, inclusive, os jovens juristas que, na mais absoluta inautenticidade, têm meramente reproduzido o senso comum antigo, sem se aperceber do novo e dirigente paradigma que revolucionou o direito das crianças e dos adolescentes. Como conseqüência disso, está a reproduzir-se na Justiça da Infância e da Juventude o fenômeno cunhado por Streck(2007) como “baixa constitucionalidade”, no qual o texto constitucional é colocado em um plano subalterno em relação à legislação infra-constitucional ou até mesmo à tradicional praxis judicial(como é o caso da prática tutelar), numa total inversão de valores que se explica(mas jamais se justifica) por um longa tradição de desconsideração do Direito Constitucional. Prova disso é que são raros os juízes que decidem os conflitos pela invocação direta da Constituição Federal, pois a grande maioria opta pelo amparo de uma lei, regimento ou portaria, mesmo que estes tenham se limitado a transcrever o texto constitucional.

replicador/reprodutor acrítico de precedentes¹⁹¹, que conduz à manutenção de posições jurisdicionais – como visto – flagrantemente inconstitucionais(e, portanto, antidemocráticas) e que colocam, inclusive, o Estado Brasileiro em situação constrangedora perante a comunidade global, já que firmatário, há duas décadas, de específica e vinculante normativa internacional.

Do contrário, persistirão as mega-discricionárias decisões no âmbito da

191 Embora não seja este o imediato marco teórico que norteia esta dissertação, mostra-se conveniente uma rápida menção à contribuição que a filosofia de Martin Heidegger trouxe para a prática do Direito, como há muito vem defendendo, com percuciência, Lenio Streck. Nesse sentido, a invocação da doutrina de Heidegger para a interpretação de um fenômeno jurídico é tida por muitos juristas como uma inadequação, ou como uma indevida invasão da Filosofia no sacrossanto *locus* do auto-suficiente Direito. Para aqueles que consideram o Direito como um “fim em si mesmo”, a Filosofia Hermenêutica de Heidegger(que serviu de alicerce para a Hermenêutica Filosófica de Gadamer) é algo estranho ao cenário jurídico, no qual ainda impera uma visão metafísica que objetifica o tempo e traz a pretensão de universalizar todos os conceitos. No entanto, é preciso superar essa visão reducionista do fenômeno jurídico, para que se possa, tomando o exemplo da questão infante-juvenil, identificar e denunciar o uso inautêntico de práticas jurídicas cuja consequência é a manutenção de um modelo antidemocrático já extinto pela nova ordem constitucional há quase duas décadas. Para a doutrina heideggeriana(inaugurada pela magistral obra “Ser e Tempo”), a interpretação é um momento derivado de uma pré-compreensão. O ente é sempre visto dentro de uma estrutura de significação prévia instaurada no ser-aí(*Dasein*), ou seja, a forma como um ente se revela já vem mediada por uma significação assumida no mundo que nos constitui(SILVA FILHO, 2006). Assim, quando se fala em hermenêutica, a noção de método não pode mais estar vinculada a um procedimento determinado e não há que se cogitar, outrossim, da separação entre sujeito e objeto(STEIN, 2004). Na hermenêutica da faticidade, a relação entre sujeito e objeto ocorre numa relação de circularidade (quando conhecemos um fato histórico não conseguimos separar o sujeito do objeto que tratamos). Em outros termos, Heidegger introduz um ente privilegiado(o *Dasein*), fazendo surgir um novo nível de problematização do ser. O ser não se dá isolado como objeto a ser conhecido, mas ele faz parte da condição essencial do ser humano(STEIN, 2000). Seguindo essa trilha, Streck leciona que “essa pré-estrutura antecipadora não significa um aprisionamento: compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isso, compreender e interpretar independem de um(o) método: salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão”(2006b, p. 429). Importante destacar, ainda, a noção da “coisa mesma” heideggeriana(*Sache selbst*), que é vital para uma interpretação jurídica autêntica. Ora, se o homem é um ente que se caracteriza pela compreensão do seu próprio ser, a busca pelo ser deve partir desta compreensão, que ocorre no mundo; ela antecipa a consciência humana e a sustenta. Portanto, ir às coisas nelas mesmas significa considerar como ponto de partida o homem em seu contexto espaço-temporal, ou seja, em sua faticidade. No entanto, consoante a acurada análise de Heidegger, a coisa não é mais pensada em seu acontecer. O dispositivo é o que converte sempre em objeto a coisa. O ser-aí possui a tendência de perder-se em sentidos concretos assumidos pelo ente, desconsiderando aquela instância prévia na qual estes sentidos acontecem. Assim, o homem tende a viver na impropriedade/inautenticidade, estando sempre ocupado com os entes em sua disponibilidade, com o consequente esquecimento da diferença ontológica(SILVA FILHO, 2006). Caso os recém-iniciados “operadores do direito” buscassem apoio na lição de Heidegger(e não nos metafísicos e inautênticos manuais jurídicos dos cursos de graduação), poderiam criar um efetivo vínculo com o acontecimento único do ser, identificando a diferença ontológica; diferença esta que serve de antídoto para aquela mesmice artificial/irreal, que está longe de ser a “coisa mesma” da fenomenologia heideggeriana, mas, sim, constitui uma cômoda e acrítica repetição do que já foi dito por alguém e que, preferentemente, resultou cristalizado em um verbete de fácil disposição.

Justiça da Infância e da Juventude que se permitem, v.g., (a) invocar analogias *in malam partem* em matérias de cunho penal, (b) priorizar a aplicação de medidas de privação da liberdade e (c) definir o direito à convivência familiar como não-vinculante da ação do aplicador/intérprete.

Por isso, é imperiosa a aplicação/interpretação do princípio do melhor interesse como instrumento de “fechamento hermenêutico”¹⁹².

Nesse rumo, cabe reiterar que, tratando-se de princípios invocados para o desfecho de uma lide ou caso concreto, deve-se ter em conta o aspecto material/conteudístico destes princípios,

[...]que se distinguem decisivamente dos 'princípios gerais de direito' que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de 'o direito' em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade(CASTANHEIRA VEVES, 2003, p. 108).

E o anti-discricional uso prático-problemático desses princípios, embora carente de diretrizes matemáticas, vincula-se à mencionada contextualização interpretativa, com o que se está a (re)afirmar a historicidade do Direito. E essa

¹⁹²Esta expressão, constantemente empregada na obra de Streck, merece uma correta delimitação pelo extremo significado que possui para a compreensão do problema prático que é objeto desta pesquisa. Nas palavras do próprio reitor da Nova Crítica ao Direito: “[...] a ‘abertura principiológica’ deve ser examinada no contexto de ruptura paradigmática com o modelo subsuntivo. O positivismo colocou à disposição da comunidade jurídica o ‘direito como um sistema de regras’. A consequência disso é que a ‘faticidade’(o mundo prático) ficava de fora(afinal, foram anos de predominância do positivismo). E a propósito, não devemos esquecer que os princípios vieram justamente para superar a abstração da regra, desterritorializando-a de seu locus privilegiado, o positivismo. Os princípios(constitucionais) possuem um profundo enraizamento ontológico(no sentido da fenomenologia hermenêutica), porque essa perspectiva ontológica está voltada para o homem, para o modo de esse homem ser-no-mundo, na faticidade. O fio condutor desses princípios é a diferença ontológica. É por ela que o positivismo é invadido pelo mundo prático. Por conseguinte, há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípio, transformando-o em um mero ‘postulado’ ou ‘mandato de otimização’. Por trás disso está um projeto positivista, pretendendo resgatar a abstratidade da regra e afastar a razão prática ínsita aos princípios. Assim, a ‘era dos princípios’ não é – de modo algum – um plus axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz(ou qualquer intérprete) em superjuiz, que vai descobrir os ‘valores ocultos’ no texto, agora ‘auxiliado/liberado, pelos princípios.[...] Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção. Princípios não ‘facilitam’ atitudes decisionistas e/ou discricionárias. Portanto, trata-se da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência”(STRECK, 2006c, p. 144).

constatação tem forte significado para a o Novo Direito da Criança e do Adolescente, em relação ao qual a ausência de uma contextualização crítica tem gerado a artificialização de conflitos normativos para revivescer o “prudente arbítrio” menorista.

Por conseguinte, feita essa necessária contextualização, pode-se concluir que a reprimenda de um “melhor interesse” (ou “interesse superior” na dicção do revogado Código de Menores Brasileiro), legitimador de um ultra-discrecionário poder do Estado-Juiz, somente interessa àqueles que pretendem preservar, egoística e corporativamente, este espaço de poder; hipótese esta que afronta, precisamente, um dos alicerces da nova Doutrina da Proteção Integral: a redução da intervenção atípica(forá da jurisdição) e discrecionária do Poder Judiciário nos temas afetos à população infanto-juvenil.

Na mesma esteira, buscando conforto nos já citados autores pós-positivistas, a necessária integração principiológica não se conforma com as insistentes colisões que são provocadas pelo aplicador/intérprete. Em outros termos, partindo-se de uma visão integrativa da prática do Direito, não será necessária a invocação expressa do princípio(do melhor interesse ou outro) para comprovar a sua aplicação. Ao contrário, o princípio estará sendo observado na correta aplicação da norma específica, com a conseqüente desnecessidade do chamamento daquele como causa de decidir¹⁹³.

Mas – cabe repisar este ponto – o princípio do melhor interesse não pode restar limitado/tarifado a estar presente(de modo ínsito) na aplicação das demais normas jurídicas que regem o Novo Direito da Criança e do Adolescente, como se pretendeu sublinhar, alhures, na crítica feita a Cillero B.

Ele(o princípio) e todos os demais devem servir, também, para nortear o aplicador/intérprete na busca de uma resposta adequada para os diversos casos em

193 Nessa mesma trilha, Oliveira refere que “[...] os princípios sempre se apresentam, como uma possibilidade latente, em todos os casos debatidos em juízo. A dignidade destes princípios, ao contrário do que possa aparentar, não consiste na sua constante lembrança, mas sim no fato deles se manterem como efetiva possibilidade. Isto é, em qualquer processo há a possibilidade de se argüir o princípio do devido processo legal. Porém, é quando isso não ocorre que o princípio foi efetivamente cumprido”(2008, p. 238). Em suma, ainda que possa parecer paradoxal, o princípio acaba sendo observado, precipuamente, quando sequer é invocado como fundamento da decisão.

que a identificação da presença de um direito ou garantia positivados não esteja restrita ao mero uso daquela pauta mínima contida no texto e seja imperioso o uso integrativo do sistema jurídico. No entanto, o que se apresenta como inaceitável é o uso desse princípio(e de todos os demais) para o efeito de desconsiderar a estrutura mínima textual, pela invocação de um conflito fictício, como foi feito nos precedentes examinados no quarto capítulo desta dissertação.

À guisa de outros exemplos, tem-se como inviável, sob o marco de um pensamento problemático pós-positivista: (a) aceitar que um adolescente permaneça mais do que três anos privado de liberdade pela prática do mesmo ato infracional, mesmo que esteja ele se “beneficiando” com o cumprimento da medida, já que há texto legal vedando esta hipótese¹⁹⁴, (b) definir que a mera pobreza dos pais biológicos é causa bastante para a destituição do poder familiar, também por expresso obstáculo no direito positivo¹⁹⁵ e, pelo mesmo motivo, (c) aplicar uma medida socioeducativa(com carga, também, retributiva) para uma criança que pratique um ato infracional, por mais grave que ele seja¹⁹⁶.

Em todas essas hipóteses, o julgador, por mais convicto que esteja de que o melhor para a criança ou o adolescente é não levar a sério essas nítidas(facilmente objetificáveis) limitações textuais, deverá curvar-se ao ordenamento jurídico e, agindo assim(fazendo, justamente, valer o texto legal), estará assumindo uma atitude responsável e contrária ao pensamento positivista, embora muitos desavisados possam concluir o contrário¹⁹⁷.

194 Art. 121, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos*”.

195 Art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder*”.

196 Art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101*”(ou seja, medidas unicamente de proteção não-aflitivas).

197 Nesse particular, merece transcrição a abalizada opinião de Paula, um dos redatores do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente: “*O reconhecimento do papel preponderante do direito positivo na construção do justo representa, de certa forma, garantia contra a subjetividade do julgador. A experiência do Direito do Menor, onde a discricionariedade da autoridade judiciária era uma das suas características principais, foi desastrosa na medida em que o bem-estar do menor justificava toda sorte de aniquilamento de garantias fundamentais, entre as quais as relacionadas à paternidade e maternidade. Mas a observação não vai a ponto de rechaçar a importância do papel do juiz na criação do direito; apenas realça o valor da lei como garantia em um Estado Democrático de Direito*”(2002, p. 64).

O atual momento da história do Direito (mormente do Novo Direito da Criança e do Adolescente) não se compadece com as figuras do “super-juiz” (verdadeiro super-herói que distribui a justiça, corrigindo, como um maestro, os erros do ordenamento jurídico) e do descompromissado juiz tecno-burocrata (que se limita a procurar ementas, súmulas ou verbetes¹⁹⁸ para a eles transferir a

198 Esse fenômeno da “standardização do direito” tem recebido, também, a aguda crítica de Lenio Streck. Segundo ele o “[...] problema da discricionariedade, que exsurge no positivismo, a partir da ‘delegação’ em favor do juiz do poder de ‘resolver os casos difíceis’, acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma ‘objetividade textual’, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. Ou seja, o próprio positivismo procura controlar a discricionariedade judicial, mediante a elaboração de um discurso prêt-à-porter, principalmente – e paradoxalmente – advindo do próprio judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. Provavelmente por isso, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de ‘discursos de fundamentação prévia’. Isso é feito através de uma standardização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.). Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico face à crescente judicialização do direito, que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Ou seja, os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em ‘regras’ ou ‘proto-regras’” (2006c, p. 143). Assim, pela repetição cômoda e acrítica dos precedentes, perpetuam-se posições absolutamente dissociadas de uma prática responsável da atividade judicial. O direito passa a assumir uma face burocrática, afastando-se de um jurisprudencialismo, sob o marco da doutrina de Castanheira Neves, tornando-se um “ementarismo”, já que o aplicador/intérprete sequer tem a preocupação com a leitura integral dos fundamentos da decisão que irá reproduzir, contentando-se apenas com a manchete. O julgador limita-se ao que se encontra ao seu rápido dispor (ao que está à mão). Se o caso é “difícil”, basta “facilitá-lo” com o encontro de um precedente (de um já-dito) que será acriticamente reproduzido, num procedimento silogístico. E esse modo de agir judicativo (que coloca o juiz como um “garimpeiro” de precedentes) acaba afastando o aplicador/intérprete do conteúdo do caso concreto (real), que, para o efeito de ajustar-se ao precedente encontrado, perde a autonomia e, artificialmente, assume a identidade de outro caso (ou seja, outra realidade) já decidida no precedente. Dessa forma, uniformizam-se os fatos (já que é mais fácil “modificar” o fato do que o precedente), abstraindo-se as diferenças de cada história. No caso específico da Justiça da Infância e da Juventude, conquanto as matérias fáticas e irrepetíveis sejam a imensa maioria, é comum a invocação do princípio do melhor interesse por mera remissão a casos pretéritos, gerando uma espécie de “presunção relativa de identidade fática” que, ao fim e ao cabo, torna-se absoluta pela impossibilidade prática da demonstração do contrário. Nesse contexto, um “caso difícil” passa a ser o sinônimo de um “caso novo”, assim entendido como aquele que, inconvenientemente, o aplicador/intérprete não conseguiu enquadrar em um precedente; hipótese esta cada vez mais remota em razão do “alargamento” dado à noção de semelhança fática e da fácil disposição de repositórios jurisprudenciais, acessíveis por meio da rede mundial de computadores. Novamente, aqui, vale a lição do saudoso mestre Ovídio A. Baptista da Silva: “Os práticos, aqueles que ganham a vida na atividade forense, não têm dúvida a respeito da importância assumida pela jurisprudência, a partir da segunda metade do século XX. Atualmente, raras são as petições forenses e as sentenças que invoquem lições de doutrina. Elas vêm recheadas de acórdãos catados na internet. Praticamos um jurisprudencialismo normatizado, produzido em série, mas, de qualquer modo, jurisprudência livremente produzida, sem que o legislador interfira. Insisto na tônica desta proposição: jurisprudência livremente utilizada, ao sabor das circunstâncias e das inclinações pessoais do magistrado, que dela se vale supondo-se dispensado de explicitar os fundamentos

responsabilidade pelo resultado de sua decisão).

Nessa toada, é certo que o julgador deve, também, manejar recursos supra-legais com um olhar crítico sempre voltado para o conteúdo da sua decisão, dentro da qual o contato com conceitos morais da justiça e da equidade não podem ser encobertos ou esquecidos pelo encanto do método racional-dedutivo. No entanto, se a dogmática não serve de arrimo escoteiro para a aplicação concreta do Direito, é forçoso o reconhecimento de que ela deve ser considerada pelo aplicador/intérprete tanto como fundamento para uma decisão(aspecto positivo) quanto como causa para obstar uma decisão(aspecto negativo), sob pena de cair-se em um realismo jurídico.

Em síntese, o princípio do melhor interesse da criança deve(a exemplo de todas as demais normas jurídicas) ser aplicado/interpretado com o propósito de dar integridade ao sistema jurídico que compõe; sistema este que deve ser conhecido e compreendido pelo aplicador/intérprete dentro do contexto de sua historicidade, ou seja, de sua existência.

Sob esse prisma, é de rigor a adesão às vertentes pós-positivistas que desconstroem o mito do método interpretativo pré-dado e universal, rumando para uma autonomia(e não discricionariedade) do pensamento do Direito enquanto problema prático e que encontra no cenário judicial o seu espaço mais caro. Assim, afasta-se, por completo, aquela visão de uma autonomia dogmática e hermética, permitindo que o juiz(aplicador/intérprete, por excelência, do Direito) vislumbre – no conteúdo de cada decisão – a gravidade do encargo que lhe compete, sem falsear a sua conduta pela fascinação pelo poder e, no mesmo passo, sem abdicar do seu papel de concretizar o direito de/em cada caso concreto posto à sua análise.

pelos quais escolheu - dentre as várias soluções aceitas pela jurisprudência - aquela que lhe pareceu adequada ao caso concreto”(2009, p. 97).

6 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho de pesquisa, pretendeu-se apresentar mínima contribuição ao amplo debate que se tem travado acerca dos limites da atuação do aplicador/intérprete do Direito, direcionando o foco do estudo, especificamente, para o âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, e, em especial, para os precedentes em que invocado o princípio do melhor interesse da criança como causa de decidir.

Nesse rumo, optou-se, em um primeiro eixo de preponderância teórica, historiar a evolução do pensamento jurídico, desde a modernidade, com o propósito de delinear a noção de princípio jurídico, possibilitando a obtenção de um referencial para a compreensão do fenômeno em seu aspecto prático-problemático.

Para tanto, efetuada a introdutória e acadêmica distinção entre as normas jurídicas(qualificadas estas pela imperatividade e coercibilidade estatal) e as demais normas sociais, bem como entre Direito e lei(vinculada ao problemas das fontes), a intenção foi, respeitados os limites da presente pesquisa, de transpor os lugares-comuns(e o senso comum) oriundos do atual estágio do ensino jurídico, para o efeito de identificar uma linha de pensamento do Direito comprometida com a prática e não apenas com a descrição científico-teórica do sistema.

Sob esse compromisso e norteadada pela visão de que Direito é, também, história, foi explicitada a circunstância de que o atual consenso doutrinário no sentido de que regras e princípios compõem o sistema do Direito é um fenômeno

recente na sua milenar história. Nesse toar, a existência, concomitante, dessas duas categorias normativas (como elementos internos do ordenamento jurídico), vincula-se a um debate em que, tradicionalmente, são colocadas em confronto duas concepções de direito existentes na modernidade: o jusnaturalismo (na busca do direito justo) e o juspositivismo (comprometido com a segurança do direito).

No entanto, procurou-se demonstrar, com esteio nos referenciais doutrinários, que essa noticiada diferença não deve ser absorvida de modo acrítico, uma vez que a postura racionalista do jusnaturalismo moderno, ao fim e ao cabo, serviu de suporte para o movimento de codificação e, com isso, de supremacia do pensamento positivista.

E o império do juspositivismo, em especial naqueles ordenamentos jurídicos vinculados à tradição do direito escrito/codificado (*civil law*), explica a dificuldade de recepção dos princípios (no seu enfoque prático-problemático) como componentes internos do sistema, uma vez que a indissociável ligação daqueles com conceitos morais exigiria o comprometimento do Direito com o seu conteúdo; hipótese esta inconcebível para o pensamento positivista.

Nesse sentido, o compromisso do juspositivismo sempre foi com a correção teórica do sistema do Direito, buscando a sua matematização, razão por que o estudo contudístico da prática jurídica (mormente a judicativa) não encontra nesta corrente do pensamento jurídico nenhum esteio ou interesse, já que o predomínio é da forma e os casos concretos servem tão-somente como dados/indicadores a serem mecanicamente colocados nas pré-prontas fórmulas dedutivas e silogísticas de solução.

Como paradigmas contemporâneos desse modo de pensar o Direito (apartado do mundo prático), foram analisadas, sucintamente, as teses dos neopositivistas Hans Kelsen e Herbert Hart, para o efeito de demonstrar que, para ambos (guardadas as nuances de suas teorias), os princípios não podem compor o sistema jurídico (visto como mero sistema de regras), e a consequência deste fechamento do Direito para o seu conteúdo prático é a fatalista aceitação da discricionariedade judicial nos casos concretos não subsumidos nas regras; discricionariedade esta expressamente admitida por Kelsen e Hart como algo

incontrolável nas “fronteiras da moldura” ou nas “zonas de penumbra”.

Assim, constatados os equívocos e, em especial, a insuficiência dessas vertentes teóricas para enfrentar os problemas práticos do Direito, buscou-se abordar a contribuição do pensamento jurídico pós-positivista, que está inserido no contexto da crise da pós-modernidade; crise esta que tem sua origem na incapacidade do modelo racionalista para apresentar respostas para uma realidade cada vez mais complexa e que “teima” em não se ajustar ao mundo pré-concebido, num enfoque representacional.

E o pensamento racionalista do Direito, como não poderia deixar de ser, foi atingido por esta frustração de expectativas, e o próprio Direito encontra-se, também, em uma crise de identidade e de autonomia. Nesse contexto, apresentam-se as teorias jusfilosóficas comprometidas (verdadeira ou retoricamente) com a superação dos estreitos limites das correntes jurídicas moderno-racionalistas (atemporais e desinteressadas com o mundo prático) e a consequente valorização da historicidade prático-problemática do Direito.

Assim, sob o marco do pós-positivismo, os princípios (e toda a sua carga conteudística) adentram no sistema jurídico e assumem significativo papel na prática judicativa, com a sua constante invocação como causas determinantes de decisão.

No entanto, como se pretendeu esclarecer com amparo no referencial teórico, o conceito de princípio não é unívoco e, em linhas gerais, possui três significados distintos, de acordo com a função a eles destinada: a) princípio gerais de direito (vinculados ao modelo positivista/normativista, são mecanismos positivados de correção interna do sistema, visando à sua artificial completude); b) princípios jurídico-epistemológicos (também atrelados a uma pré-dada explicação de determinado ramo especial do Direito, visando a atribuir-lhe certa autonomia como subsistema); c) princípios pragmático-problemáticos (estes, sim, vistos sob um prisma problemático-conteudístico comprometido com a práxis do Direito).

Feita essa necessária distinção, alertou-se o leitor de que a noção de princípio alvo desta dissertação é aquela última, ou seja, o princípio visto como instrumento prático-problemático para a obtenção de um julgamento comprometido com o seu conteúdo. Com este enfoque, passou-se à análise crítica das correntes

contemporâneas do pensamento jurídico que(real ou aparentemente) constituem uma visão superadora do juspositivismo.

Nesse ponto, as teorias discursivo-argumentativas apresentam-se como uma atraente proposta para resolver o problema da indeterminação do direito e a consequente discricionariedade do aplicador/intérprete. Por conseguinte, tendo em conta o forte referencial teórico que representa, foi objeto de exame a teoria do jusfilósofo Robert Alexy e o seu conhecido método da ponderação.

Em suma, Alexy acolhe os princípios no interior do ordenamento jurídico e os diferencia das regras(estas aplicáveis de forma subsuntiva), qualificando-os como mandados de otimização e para cujo eventual conflito apresentou um método com o fito de melhor delimitar a ação discricional do aplicador/intérprete, por meio do qual, no final da operação, seria obtida a regra a ser aplicada ao caso concreto. Contudo, a teoria argumentativa de Alexy, conquanto tenha o declarado propósito de vincular-se ao mundo prático, acaba resvalando na reprodução dos equívocos positivistas ao objetivar a formulação de um método – pré-sabido – que ensejaria o artificial controle da ação do aplicador/intérprete, recaindo, assim, numa fidelidade ao pensamento racionalista moderno.

Por conseguinte, evidenciada a insuficiência da teoria de Alexy(e de todas as demais que se vinculam à irreal produção de um método pré-dado de interpretação do Direito), pretendeu-se realçar as posições dos pensadores contemporâneos(dentre eles Castanheira Neves, Dworkin e Streck), que, efetivamente, buscam o contato do Direito com a sua existência conteudística e para os quais os princípios não se resumem a meras regras de maior graduação.

Seguindo esses relevantes referenciais pós-positivistas, ingressou-se na análise mais detida do fenômeno da discricionariedade judicial, partindo-se da ideia da impossibilidade do encontro de uma fórmula mágica e infalível para suprimir esta inconveniente realidade jurídico-judicativa(tão percebida na Justiça da Infância e da Juventude), a fim de não reproduzir as falácias atreladas ao pensamento racionalista.

Nesse particular, o contributo pós-positivista é significativo, na medida em que, criticamente, busca rechaçar o fatalismo do pensamento positivista, não

aceitando a pura e descontrolada delegação ao julgador do poder de aplicar/interpretar o Direito nos denominados “casos difíceis”. Apresentou-se, aqui, o conhecido e franco embate havido entre as teorias de Hart e Dworkin, pela importância histórica e – no que mais importa a esta pesquisa – pela específica temática acerca do papel dos princípios na solução(ou ampliação) do problema da discricionariedade judicial.

Para Dworkin, a liberdade do aplicador/intérprete restaria limitada, justamente, pela necessidade de observância dos princípios, vistos para ele como “padrões prévios de conduta” não vinculados, necessariamente, a uma origem estatal. Com esse viés claramente prático-conteudístico, o referido jusfilósofo norte-americano fundamenta sua visão integrativa do direito e comprometida com sua realidade histórica, auxiliando no alcance de duas conclusões que serviram de esteio para o enfrentamento específico dos limites da aplicação/interpretação do princípio do melhor interesse da criança: (a) o procedimento não poderá justificar antecipadamente o conteúdo da decisão judicial, tampouco (b) a invocação acrítica e replicada de um princípio(mera reprodução de precedentes ou posições doutrinárias à cômoda disposição do aplicador/intérprete) não poderá valer como ponte dourada para o exercício da mais pura e perniciosa discricionariedade do julgador.

Criados esses alicerces teóricos, passou-se ao específico exame do princípio do melhor interesse da criança. A exemplo da linha de abordagem escolhida no segundo capítulo desta dissertação (e também sob o marco da ideia de vincular o direito à sua historicidade), descreveu-se, em apertada síntese, a origem e a afirmação deste princípio nos sistemas jurídicos internos até o seu alcance internacional, sustentado na expressa e reiterada previsão na Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 1989, havendo, no tocante ao caso brasileiro, sua recepção formal no ordenamento jurídico pátrio.

Na busca de uma conceituação básica(para o efeito de clarear o objeto desta pesquisa) procurou-se afastar a eventual confusão entre o princípio do melhor interesse e o conceito de Proteção Integral, constituindo esta a nova doutrina jurídica aplicável às questões da Infância e da Juventude e na qual está inserido o predito

princípio. Com o mesmo desiderato, sublinhou-se outra importante diferença, no sentido de que o melhor interesse da criança não é sinônimo de prioridade absoluta. Isso porque, conquanto ambos sejam princípios integrantes do mesmo ordenamento positivo, apresentam funções distintas: aquele busca, na generalidade, qualificar as diversas ações, vinculando-as a uma finalidade obrigatória, enquanto o princípio da prioridade absoluta, com uma maior delimitação, pretende hierarquizar os direitos, com esteio nas condições peculiares ou especiais dos seus titulares, trazendo como consequência uma preferência de caráter impositivo.

No que se refere à aplicação do princípio do melhor interesse plasmado na Convenção de 1989, por constituir uma norma jurídica de considerável abstração, constatou-se, nesta pesquisa, problema de notável repercussão prática, na medida em que há dificuldades de limitar o seu alcance, mormente quando ele é invocado(pelo aplicador/intérprete) como norma em colisão com regras ou normas jurídicas mais estritas.

Como consequência, o predito princípio, conforme a ótica do aplicador/intérprete, tem servido, de modo frequente, para resgatar a Doutrina da Situação Irregular, na qual as crianças e os adolescentes eram vistos como meros objetos de providências a serem tomadas por um onipotente Juiz de Menores.

Por essa razão, a doutrina especializada no Novo Direito da Criança e do Adolescente, com uma ou outra nuance, tem pretendido vincular – e restringir – a noção do melhor interesse a uma absoluta equivalência com o respeito e à satisfação dos direitos fundamentais da criança reconhecidos pelo Estado de que se trate, buscando, assim, resolver o problema do “excesso interpretativo”, ou seja, do uso discricionário do citado princípio.

Partindo-se para o exame crítico dos precedentes judiciais – adstrita a pesquisa a processos que tramitaram na Justiça Gaúcha – percebeu-se o emprego do princípio do melhor interesse para o efeito de privar a liberdade de adolescentes acusados da prática de atos infracionais, sob o argumento de que a medida socioeducativa de internação seria um benefício ao jovem com conduta antissocial.

Nesse norte, um adolescente praticante de ato infracional de natureza leve teve sua liberdade tolhida sem a observância do princípio da proporcionalidade;

outro jovem sofreu medida de internação por ato infracional que, bem ou mal, não estava previsto nas hipóteses taxativas que permitiriam a adoção da medida socioeducativa extrema; e, por fim, a um terceiro adolescente foi aplicada a medida de internação, a despeito de restar amplamente demonstrada a sua total debilidade mental e a sua incapacidade de absorver a finalidade pedagógica da medida socioeducativa.

Nos três casos evidenciou-se o mesmo traço: a confusão entre as medidas de cunho protetivo e as medidas socioeducativas, buscando-se justificar a não-incidência de normas garantidoras de direitos com esteio em um etéreo e subjetivo melhor interesse do adolescente.

No mesmo passo, no âmbito da aplicação das medidas típicas de proteção, foram examinados três precedentes em que, novamente, as normas específicas de regência foram desconsideradas pela incidência excludente do princípio do melhor interesse da criança.

No primeiro caso, privou-se uma criança, por longos cinco anos, do convívio com sua família natural, mantendo-a em um abrigo, para, ao final, devolvê-la à guarda do genitor; no segundo precedente, uma criança foi retirada de sua família de origem tendo por fundamento único a deficiência mental de sua genitora, que foi destituída do poder familiar, ainda que ausentes as hipóteses legais autorizadas de tão drástica medida; por derradeiro, o terceiro caso exemplificou a edição de portarias judiciais genéricas para o fito de limitar as ações de crianças e adolescentes, conquanto haja regra expressa vedando tal providência.

Nos dois primeiros exemplos, restou desatendido o direito das crianças à convivência familiar, e, no terceiro, houve excessiva e genérica limitação do direito ao lazer e às atividades sociais, também com esteio em uma subjetiva e particular interpretação do que viria a ser o melhor interesse.

Assim, demonstrada a existência prática do problema decorrente da aplicação/interpretação judicial ilimitada do princípio do melhor interesse da criança, pretendeu-se, no derradeiro capítulo desta pesquisa, apresentar proposta de mitigação do predito problema, visando a concretizar, na cena judiciária, os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes consagrados mercê de uma notável

luta pelo seu reconhecimento(novamente, aqui, a lembrança de que Direito é história), que, constantemente, veem-se frustrados pela invocação superlativa do princípio do melhor interesse com o propósito(no mais das vezes, escamoteado) de negar efetividade à nova Doutrina da Proteção Integral.

Nessa senda, fez-se necessária a formulação de crítica à proposta de Cillero B., no sentido de limitar a noção do princípio do melhor interesse ao estrito respeito, pelo aplicador/intérprete, dos direitos e garantias consagrados à população infanto-juvenil pelas novas ordens jurídicas mundial e nacional. Com efeito, o caráter redundante/pleonástico desta alternativa, resulta no esvaziamento do princípio(o que, na verdade, não deixa de ser a intenção do próprio Cillero B., esteeda na dura e triste realidade que vivencia como profundo estudioso do estado da arte na Justiça da Infância e da Juventude, em seu âmbito global).

Assim, entendeu-se como insuficiente, por si só, essa proposta para elidir o persistente decisionismo identificado na aplicação do Direito Infanto-Juvenil, visto que passível de sedutora objeção pelas teorias discursivo-argumentativas, exemplificada na posição de Juarez Freitas e o seu critério de hierarquia, segundo o qual o princípio do melhor interesse da criança acabaria – uma vez justificado pelo procedimento – vencedor nas “colisões”, ainda que provocadas pelo próprio aplicador/intérprete(a quem estas teorias delegam a atribuição de manejar o método).

Ainda na esteira das teorias argumentativas/procedimentais, foi examinada, criticamente, a tese de Humberto Ávila, para quem, no caminho oposto a Freitas, deve ser dada preferência à aplicação da regra no caso da colisão desta com um princípio, pela função decisiva daquela, consoante uma prévia opção parlamentar de solução para o caso concreto; proposta esta que, em tese, interessaria para, em certa medida, colocar um obstáculo à ação discricional na Justiça da Infância e da Juventude.

Contudo, concluiu-se que, na prática judicativa, a proposta procedimental de Ávila em pouco diferiria da ideia de Cillero B. e, ao final, o princípio do melhor interesse(absolutamente neutralizado) já teria sua morte antecipadamente anunciada.

Constatados os equívocos e insuficiências dessas teses, tratou-se, derradeiramente, de abandonar o cômodo apego a receitas prévias (matemáticas) para solução do problema da discricionariedade judicial, buscando suporte no pensamento jurídico pós-positivista, para o efeito de criar(ou resgatar) o compromisso do juiz(aplicador/intérprete, por excelência, do Direito) com o conteúdo de suas decisões, afastando-o dos seus perniciosos extremos: o super-juiz solipsista, para quem o texto legal não é levado a sério, já que seria uma mera opção não-vinculante, e o juiz cômodo-burocrata, que se contenta em, mecanicamente, repetir, sem autenticidade, o *status quo*.

E, para tanto, verificou-se como imprescindível a contextualização do princípio do melhor interesse na recente história do Direito da Criança(do não-adulto), sob pena de o julgador incorrer no grave erro de reproduzir(às vezes, pela ausência de crítica) um modelo antidemocrático e já extinto, exemplarmente, no plano positivo-normativo.

Em síntese, com esta dissertação, tencionou-se dar uma maior visibilidade ao problema relativo ao emprego do princípio do melhor interesse da criança no importante ato de julgar, sem a pretensão de apresentar uma solução ideal.

Nessa esteira, cabe salientar que a escolha da temática(ou seja, a invocação do princípio como especial abertura discricionária justificadora do tolhimento de direitos e garantias democraticamente reconhecidos às crianças e aos adolescentes) deveu-se à considerável sofisticação do discurso(que procura, pretensamente, uma expressa legitimação interna) e seu potencial de afetar o novo modelo da Proteção Integral, mas sem desconsiderar aquelas decisões que, sem maiores digressões, simplesmente negam, olímpicamente, vigência ao Novo Direito da Criança e do Adolescente (para estas, outra pesquisa, com incursões no plano psicanalítico, far-se-ia necessária para compreender tal comportamento judicial).

Afinal, espera-se que esta pesquisa tenha alcançado ou, pelo menos, se aproximado dos seguintes objetivos específicos: (a) apresentar um alerta, no meio jurídico, para as consequências negativas do emprego irrestrito do princípio do melhor interesse da criança, ainda que de forma bem-intencionada, na medida em que possibilita deixar ao alvedrio do julgador o destino das crianças e dos

adolescentes envolvidos nos processos judiciais, reprimando o extinto modelo tutelar; (b) fundamentar a posição no sentido de que este princípio, dentro de uma visão de fechamento/complemento interpretativo, não pode servir para negar ou restringir a concretização de direitos e garantias das crianças e dos adolescentes catalogados na nova e democrática ordem jurídica; (c) clarear a noção de que este princípio(e todos os demais), na sua visão prático-problemática, ao invés de facilitar o decisionismo contrapõe-se a ele, comprometendo o julgador com o conteúdo da sua decisão.

Por conseguinte, rechaçando-se qualquer postura ingênua daqueles que tem o dever de conhecer(ou seja, contextualizar historicamente) o direito que estão aplicando/interpretando, é forçosa a admissão de que o conceito de melhor interesse tem sido desvirtuado para o efeito de resgatar a doutrina tutelar e perpetuar a figura do Juiz de Menores, gerando uma inaceitável manutenção da tendência estatal de institucionalizar ou até mesmo criminalizar a pobreza.

Assim, em últimas palavras, a aceitação do novo paradigma da Proteção Integral necessita de um exercício de humildade do julgador, para o efeito de submeter-se, democraticamente, à nova ordem jurídica estabelecida, com todas as consequências dela advindas, dentre as quais a oportuna redução(senão supressão) da ação discricionária do Poder Judiciário, para cujos membros vale um último apelo no sentido de que *o aplicador/intérprete do Direito pode muito, mas não pode tudo.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CILLERO B., Miguel. El interés superior del niño em el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del nino. **Justicia y Derechos del Nino nº 1**, UNICEF/ Ministério de Justicia de Chile, 1999.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da . **De menor a cidadão: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil**. Brasília: CBIA – Ministério da Ação Social, 1991.

CURY, Munir(coord.). **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Princípios gerais do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: MÉNDEZ, Emilio García(Org.). **Infância, lei e democracia na América Latina**. Blumenau: Edifurb, 2001. v.1

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato infracional, medida socioeducativa e processo: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/publicacoes>>. Acesso em: dez. 2005.

FREEDMAN, Diego. **Funciones normativas del interés superior del nino**. Disponível em: <<http://www.tsd.inifi.it/jg/artigos>>. Acesso em: dez. 2005.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HOMERO. **A Ilíada**. São Paulo: Mandarim, 2001. v.1.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência socioeducativa**: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Barcelona: Civitas, 1993.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARQUES, Márcio Thadeu da Silva. Melhor interesse da criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva(coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia. **Revista Ajuris**, n. 98, 2005.

MÉNDEZ, Emilio Garcia(Coord.). **Adolescentes y responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

_____. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec, 1998.

_____. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. In: _____. **Infância, lei e democracia na América Latina**. Blumenau: Edifurb, 2001. v.1.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A declaração universal dos direitos da criança e seus sucedâneos internacionais**: tentativa de sistematização. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Barão de de La Bréde. **Do espírito das leis**. São Paulo: Brasil Editora, 1960. v. 1 e 2.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NEDEL, Antonio. A ilusão metafísica do positivismo jurídico. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 4, p. 153-166, 2008.

_____. A superação do método jurídico positivista e o reencontro do direito com o direito. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 5, p. 167-175, 2009.

_____. **Uma tópica jurídica**: clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Antonio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

_____. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Questão-de-fato – Questão-de-direito – ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____(coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Lições preliminares de direito**. 17. ed. São Paulo:Saraiva, 1990.

REVISTA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, ano II, n. 2. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2004.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. São Paulo: Loyola, 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. **O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: http://www.amc.org.br/novo_site/esmesc/arquivos>. Acesso em: dez. 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 5, p. 89-99, 2009.

_____. O instituto dos assentos e a função dos Supremos Tribunais. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre, n. 70, p. 579-595, 1994.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____. **Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.** Por Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*ontologische differentz*) entre texto e norma. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, n. 2, p. 137-180, 2006a.

_____. **Hermenêutica jurídica.** In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006b.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006c.

