



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA EM
BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

Karol Franco de Barros

Rio de Janeiro
2021

KAROL FRANCO DE BARROS

A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA EM
BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do Es-
tado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Karol Franco de Barros

Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Advogada. Pós-graduanda no Curso de Especialização em Direito Público e Privado *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho coloca em perspectiva qual seria a correta aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, visto que tem-se percebido um alargamento de significados do *standard*, criando-se verdadeira insegurança jurídica ante a discricionariedade das decisões. Sendo assim, busca-se compreender a posição que os infantes ocupam no sistema jurídico-social, bem como discorre-se sobre as narrativas que influenciaram historicamente na construção desse espaço. Além disso, revela-se qual a raiz epistemológica do Princípio, discutindo-se uma possível repriminção do instituto em face da inobservância da base interpretativa do Superior Interesse da Criança e do Adolescente. Analisa-se, por fim, casos concretos em que o *Standard* foi instrumentalizado como fundamento argumentativo, defendendo-se o acerto da técnica decisória quando utilizada dentro de um parâmetro normativo-constitucionalizante e, sob o viés da máxima proteção da população infanto-juvenil.

Palavras-chave – Doutrina da Proteção integral. Princípio do Superior Interesse. Criança e adolescente.

Sumário – Introdução. 1. O desenvolvimento da cidadania participativa da criança e do adolescente: Uma análise da condição de Sujeito do Direito como referencial hermenêutico na aplicação do Princípio do Superior Interesse 2. A aplicação do Princípio do Superior Interesse da criança e do adolescente na medida socioeducativa de internação 3. A instrumentalização do Superior Interesse da Criança e do Adolescente: Fundamento argumentativo a serviço de quê/quem? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente por um viés crítico-epistemológico, em que se coloca à discussão a correta aplicação desse *standard* normativo pela família, sociedade e Estado a fim de efetivar a proteção integral da população infanto-juvenil.

O objetivo do presente estudo é analisar a formação, interpretação e aplicação do principiológico, posto que muitas vezes verifica-se um alargamento de significados do que seria o Superior Interesse, criando-se verdadeira insegurança jurídica ante à discricionariedade das decisões. Percebe-se, portanto, que vários caminhos tem sido tomados para conduzir a Criança e o Adolescente ao pleno gozo dos Direitos e Garantias Fundamentais, tornando-se necessário

discutir a conformação do Princípio do Superior Interesse ao Direito Positivo e evitar a instrumentalização desse mandado de otimização como um subterfúgio político-ideológico num cenário de disputas por poder simbólico.

No primeiro capítulo, busca-se compreender o espaço jurídico-social da Criança e do Adolescente, esclarecendo quais as narrativas que reverberam nessa formação histórica. Assim, analisa-se a construção desigual da sociedade brasileira junto à crise de abandono e descarte da infância, bem como aponta-se quais as políticas criadas para lidar com a questão do menor. Determina-se ainda, quais as alterações legislativas que foram eficazes para elevar os pupilos ao pleno gozo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

No segundo capítulo, indica-se como deve ser interpretado o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente a partir de uma análise epistemológica, trazendo à discussão uma possível repriminção do *standard* na questão da regressão do regime na medida socioeducativa de internação.

No terceiro capítulo, defende-se a aplicação do Princípio do Superior Interesse à luz do artigo 227 da CRFB/88. Nessa perspectiva, foram analisadas decisões judiciais emblemáticas a fim de verificar se o Princípio tem sido aplicado a partir do viés da otimização da proteção da população infanto-juvenil. Objetiva-se, portanto, conduzir o aplicador do Direito ao bom exercício da técnica judicial, evitando a instrumentalização do Princípio em favor de interesses escusos.

Para tanto, a metodologia de pesquisa desenvolve o tipo de estudo qualitativo, visto que o objetivo é compreender e interpretar as complexidades do instituto da doutrina da proteção integral e o Princípio do Superior Interesse, contornando as controvérsias insurgentes.

A finalidade da pesquisa é de contribuição teórica, explorando-se o assunto pelo método explicativo e de procedimento bibliográfico e descritivo, em que são analisadas premissas normativas, bem como a evolução histórica da proteção legislativa da Criança e do adolescente, com atenção às narrativas doutrinárias, interdisciplinares e jurisprudências pertinentes ao tema.

1. O DESENVOLVIMENTO DA CIDADANIA PARTICIPATIVA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE SUJEITO DO DIREITO COMO REFERENCIAL HERMENÊUTICO NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE

Certamente já se ouviu a voz de uma criança pedindo para brincar. A criança, num caminho natural por participação e pertencimento, expressa pela comunicação suas necessidades e percepções do mundo que está sendo compreendido, na medida em que vai assumindo papéis e funções que a posicionam dentro de uma estrutura formadora da sua identidade.

Nesse sentido, a fim de se estabelecer uma posição devida para a criança nessa ciranda histórica, cumpre esclarecer quais as narrativas que reverberam na caracterização do seu espaço jurídico-social.

A infância foi permeada pelos efeitos devastadores da construção desigual da sociedade brasileira. Desde o período colonial, em que se povoava o território para apossamento da terra, percebeu-se que os filhos dos portugueses com as índias eram desvinculados do papel de filho, posto que com a ausência de preocupação com sua educação, eram vistos correndo, criados soltos pelo mato¹.

Na colônia, também não existia a criança no sentido de deduzir direito universal, pelo contrário, a essas e outros incluídos na relação explorador/dominador chamavam-se de “meninos da terra”, “filhos dos escravos”, sujeitos a uma relação de propriedade ou tutela de posse, seja quando em mãos dos jesuítas para o fim de evangelização e padronização aos costumes portugueses ou como mão de obra escrava. De todo modo, a questão do lugar devido à criança não existia por si só.

Com a lei do ventre livre em 1871 e a posterior abolição da escravidão, possibilitou-se a vivência do papel familiar, no entanto, o processo de liberdade foi marcado pela ausência de condições materiais para o exercício da cidadania. Assim, os filhos dos mais pobres passaram a ser identificados como abandonados material e moralmente, o que fez nascer políticas legislativas como a do Código Penal de 1890 que reduziu a maioridade para 9 anos completos², além da lei de regulamentação do trabalho infantil, bem como a disciplina sobre a destituição

¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006, p. 162.

² BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021. Artigo 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.

do Pátrio Poder. Nesse cenário, vivia-se ainda uma crise do descarte da infância, em que muitos filhos chamados ilegítimos eram abandonados, o que levou à desesperada criação das casas da Roda³.

Essa relação inicial de dominação foi propulsora da divisão forçada da infância no Brasil, na medida em que de um lado estavam os menores associados aos segmentos empobrecidos e marginalizados da sociedade, sujeitos centrais da política assistencialista e institucionalizante, que afetada pelo tratamento impessoal diferente do sistema familiar de educação, dificultava em muito a inserção social e, de outro lado, os filhos legítimos das classes abastadas, vistos como futuros homens da pátria com autonomia a ser desenvolvida.

Nessa toada, verificou-se que o olhar sobre a infância surgiu da preocupação do Estado com a ordem e controle social. Sob o ponto de vista jurídico, atenta-se para o código de menores de 1927 que reforçou o estado de vigilância repressivo e moralista, o que se repetiu no novo código de menores de 1979 ao definir a situação do menor irregular e apresentar o princípio do superior interesse de modo genérico, em seu artigo 5^{o4}. Em perspectiva, diz Vicente de Paula Faleiros⁵ sobre o que seria a situação irregular:

[...] privação de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução, por omissão, ação ou irresponsabilidade dos pais ou responsáveis; por ser vítima de maus tratos; por perigo moral, em razão de exploração ou encontrar-se em atividades contrárias aos bons costumes, por privação de representação legal, por desvio de conduta ou autoria de infração penal. Assim, as condições sociais ficam reduzidas à ação dos pais ou do próprio menor, fazendo-se da vítima réu e tornando a questão ainda mais jurídica e assistencial, dando-se ao juiz o poder de decidir sobre o que seja melhor para o menor: assistência, proteção ou vigilância [...].

Verifica-se então, que os primórdios do uso do invocado Princípio do Superior Interesse do menor partia mais do interesse do Estado em intervir numa irregularidade definida por patologia social do que em criar uma perspectiva de cidadania à criança, contrastando com o que já se apresentava nos artigos 1^o, 2^o e 7^{o6} da Declaração Universal dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 1959. Assim, o giro desse entendimento sobre o lugar da criança só

³ ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de Crianças no Brasil. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 176.

⁴ BRASIL. *Novo Código de menores de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021. Artigo 5^o. Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

⁵ FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 70.

⁶ BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>> Acesso em: 07 abr. 2021.

veio forte no fim do século XX, com a luta dos movimentos sociais na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, e, após, com a regulamentação desses direitos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Por todo exposto, considera-se que a resposta para o lugar devido da criança dentro de uma análise jurídico-social é cooperativa com outros Sujeitos de Direitos, guardando-se a especificidade de que a criança está sendo preparada para poder interagir no meio social em sua capacidade plena. Nas palavras da Dr^a Josiane Rose Petry Veronese⁷:

[...] O Estatuto da Criança e do Adolescente alimenta a sua estrutura na compreensão da criança como sujeito de direitos e isso implica reconhecermos que a criança passa por fases extremamente distintas. Uma criança de cinco, sete, dez, doze, até mesmo um adolescente de treze anos, podem os pais levarem para os seus cultos e tantas outras manifestações religiosas. Mas dentro dessa concepção de protagonismo que vai aos poucos sendo construído, seria saudável a imposição de uma religião a um adolescente de dezessete anos? há que se ter por parte dos pais, muita ponderação [...]

Assim, a finalidade é emancipar e capacitar a Criança para formular seus próprios juízos⁸ a fim de exercer uma cidadania participativa, desprendendo-se aos poucos da dependência parental e da assistência do Estado na sua formação, o que torna necessário que o exercício da jurisdição seja prudente na aplicação do Princípio do Superior Interesse da Criança, porquanto o seu propósito será, nas vicissitudes do caso, ouvir todos os componentes da relação jurídica processual e considerar essas opiniões, como consta nos artigos 2º; 28 e 45 do ECA⁹, sem perder de vista que o referencial é a proteção Constitucional dos pupilos como Sujeitos do Direito.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi o grande divisor de águas para a legislação da infância. Isso porque, ao romper com a doutrina da situação irregular e incorporar na Carta Maior as garantias e direitos fundamentais prioritários à população infanto-juvenil, abriu uma

⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os direitos da criança: 30 anos*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 61.

⁸BRASIL. *Convenção sobre o direito das crianças*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁹BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 07 abr. 2021.

nova direção para a efetivação do que pode ser interpretado como o Superior Interesse da Criança e do Adolescente.

No aspecto interpretativo, importa dizer que o Interesse Superior da Criança e do Adolescente é lido como princípio implícito no artigo 227 da CRFB/88¹⁰. Ainda, está disposto de modo indeterminado no artigo 100, inciso IV do ECA e, no artigo 3º¹¹ da Convenção do Direito da Criança. Por isso, considerando-se que a expressão é muito utilizada para fundamentar as decisões dos casos que os pupilos protagonizam e, que existe esse perigoso espaço para subjetivismos, convém entender as raízes do Superior Interesse, que originou-se no país Inglês.

No *check list* da *section* 1(3) do *Children act* 1989¹² compreende-se como vetores interpretativos do Superior Interesse: “ a) os desejos e sentimentos verificáveis da criança em questão (considerados à luz de sua idade e compreensão; b) suas necessidades físicas, emocionais e educacionais; c) o efeito provável sobre ele de qualquer mudança em suas circunstâncias; d) a sua idade, sexo, antecedentes e quaisquer características que o tribunal considere relevantes; e) qualquer dano que tenha sofrido ou esteja em risco de sofrer; f) a capacidade de cada um de seus pais, e de qualquer outra pessoa em relação a quem o tribunal considere a questão relevante, de atender às suas necessidades; g) a gama de poderes de que o tribunal dispõe ao abrigo da presente Lei nos processos em questão”.

Conforme exposto, pelo entendimento da Corte Inglesa, também não se torna possível a definição do princípio de forma objetiva, deixando a cargo do Tribunal a análise de cada caso mas, tendo como diretriz um olhar atento sobre a criança e suas necessidades. Ademais, essas necessidades foram detectadas desde a inspirada Carta de Direitos de Eglantyne Jebb em 1919¹³, uma intelectual à serviço das crianças, que reverberou que o nível de um país deveria ser medido pelo nível de proteção da qual usufruem os mais fracos.

Assim, a Carta de Direitos tornou-se inspiração para a vindoura Declaração Universal dos Direitos da criança e, conseqüentemente, à nossa própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja finalidade é proteger os pupilos e alçá-los no patamar de Sujeitos de Direitos.

¹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

¹¹BRASIL, op. cit., nota 8. Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

¹²REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Children Act 1989*, *Section 1*. Disponível em:<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1>>Acesso em: 03 mar. 2021.

¹³REVISTA ULTIMATO. *A história da heroína que criou a Declaração dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroina-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

As necessidades da população infanto-juvenil, portanto, são o conjunto de Direitos Fundamentais à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, à profissionalização e à proteção no trabalho. Logo, no caso concreto, o Superior Interesse estará observado quando se assegurar o maior número de direitos fundamentais aos pupilos.

Nesse aspecto, não haveria espaço para decisionismos que utilizam o princípio do superior interesse da Criança e do Adolescente como uma “carta coringa”, para fazer valer uma noção própria do que seria melhor às crianças, pois melhor é o que garante maior proteção de Direitos Fundamentais. No entanto, existem interpretações que podem reprimatizar esse *Standard*, a exemplo da questão do internamento como medida efetivadora do Superior Interesse, como se verá a seguir.

Ocorre que, a privação da liberdade do adolescente marginalizado, principalmente o pobre, preto e pardo, é justificada tendo por base o Superior Interesse da Criança e, esse entendimento é consolidado pela antiga mentalidade da política de encarceramento que lida com “o problema do menor” como caso de polícia. Inclusive, no contexto do sistema, o primeiro presidente da FUNABEM, o Dr. Altenfelder¹⁴, questionava-se se era possível defender a democracia considerando que o problema do menor seria um problema de família e estaria-se contribuindo com a desagregação familiar estimulando-se a internação.

Falando-se em estatística, as crianças e adolescentes no Brasil representam aproximadamente 53.759.457 de uma população de 210,1 milhões de pessoas, sendo que mais da metade desses infantes são afrodescendentes. A pesquisa da UNICEF¹⁵ constatou que embora os índices de desnutrição, mortalidade infantil e evasão escolar tenham caído, existe uma parte recortada dos meninos e meninas que ainda é afetada pela desigualdade social, étnica e geográfica do Brasil.

O alerta se faz para os índices de homicídio em que a cada hora um jovem entre 10 e 19 anos é assassinado, sendo que quase todos são meninos, negros, moradores de favelas. Além disso, a cada ano, 30 mil adolescentes passam por entidades de privação de liberdade e cerca

¹⁴ALTENFELDER apud VOGEL, Arno. Do Estado ao Estatuto. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. In: Rizzini, Irene/Pilotti, Francisco (orgs.). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 294.

¹⁵ UNICEF. *Situação das crianças e dos adolescentes no Brasil*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/situacao-das-criancas-e-dos-adolescentes-no-brasil>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

de 60% deles estão cumprindo penas inadequadas e submetidos a medidas socioeducativas ineficazes.¹⁶

Assim, o que se percebe é o revolver de uma tentativa frustrada de lidar com a carência de direitos ao ver como paliativo a suposta função ressocializadora da internação, que infelizmente não diminui a delinquência juvenil e, tampouco, otimiza as necessidades do adolescente, perdendo-se a base do Superior Interesse.

Sobre a problemática, insta ressaltar a divergência que existe entre os Tribunais Superiores quanto à possibilidade de regressão de regime do adolescente condenado em semiliberdade para a internação. É a posição do Superior Tribunal de Justiça no informativo 273¹⁷:

O menor praticou ato infracional equiparado a roubo, sendo-lhe aplicada medida sócio-educativa de semiliberdade e, posteriormente, praticou o ato infracional equiparado a furto durante o cumprimento da medida imposta. O Juízo do Departamento de Execuções da Infância e da Juventude determinou, então, a substituição da medida imposta por internação de prazo indeterminado, segundo relatórios que a recomendavam. Diante disso, a Turma entendeu denegar a ordem por ausência de constrangimento ilegal, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu art. 99, que as medidas impostas podem ser substituídas a qualquer tempo, desde que necessárias e adequadas.

O julgado entende que tendo em mira o melhor interesse da criança e do adolescente, se o ato infracional desde o início permitisse a internação, não haveria que se falar em óbice para a regressão. Isso porque, a medida mais gravosa seria a necessária e adequada à finalidade da ressocialização. Outro, no entanto, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁸. Veja-se:

Entendeu-se não ser possível a substituição de uma medida sócio-educativa ou de proteção por uma de internação fundada no art. 113 do ECA, tendo em vista que a substituição - na linha da tese adotada pelo STF no HC 74715/SP (DJU de 16.5.97) - somente é aplicável em relação às medidas específicas de proteção (ECA, arts. 101; e 112, VII), ou seja, esse dispositivo deve ser interpretado no sentido de que se aplica ao capítulo que trata das medidas sócio-educativas (IV) a substituição, a qualquer tempo, das medidas de proteção a que se referem os arts. 99 e 100. HC deferido para restabelecer a medida de semiliberdade se, computado o período de internação, não tiver sido cumprida integralmente, sem prejuízo de eventual internação decorrente do ato infracional apurado no procedimento diverso.

Importa esclarecer que, nos casos concretos, o adolescente foi condenado por um ato infracional que admitia a sanção de internação do artigo 122, incisos I e II do ECA, mas que

¹⁶ CONJUR. *Maioridade Penal, sociedade mais punitiva colherá mais violência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/edson-melo-sociedade-punitiva-colhera-violencia>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 43.511-SP*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84603/SP*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo369.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

por razões de convencimento judicial, entendeu-se que a melhor medida seria a sanção de semi-liberdade. No entanto, no decorrer da execução da medida socioeducativa, verificou-se que o adolescente praticou outro ato infracional grave e o juízo da execução entendeu por bem substituir a antiga medida pela internação de prazo indeterminado, sob fundamento de atender ao melhor interesse do juvenil.

O Supremo Tribunal Federal teve posição contra essa possibilidade, por reconhecer que a não ser na exceção legal da internação-sanção cujo prazo máximo de duração é três meses, seria vedada a regressão do adolescente recuperando para um regime que ele nunca esteve. A inteligência da decisão observa o item 54 da diretriz de Riad¹⁹ e ao artigo 43 §4º da Lei do SINASE²⁰. Na decisão do STF, acrescentou-se que o entendimento não obstaría que a este mesmo adolescente pudesse ser aplicada medida de internação com base no novo processo em julgamento.

Veja-se como o Supremo Tribunal Federal²¹ tem decidido para um adulto em circunstâncias semelhantes:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. Sentença transitada em julgado determinando o início do cumprimento da pena em regime semi-aberto. Regressão de regime em razão da prática de falta grave [o paciente foi beneficiado com a saída temporária e não retornou]. Impossibilidade da regressão de regime do cumprimento de pena: a regressão de regime sem que o réu tenha sido beneficiado pela progressão de regime afronta a lógica. A sanção pela falta grave deve, no caso, estar adstrita à perda dos dias remidos. Ordem concedida.

Para o adulto, de acordo com o julgado, não faz lógica a regressão de regime sem que o réu tenha iniciado o cumprimento da pena nesse regime mais gravoso, lembrando-se que pelo princípio do *favor rei* prevalece o direito de liberdade do acusado sobre o direito de punir do Estado. Assim, verifica-se que a medida restritiva da liberdade por internação não vai ao encontro do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pois, nessa hipótese, estaria-se restringido ainda mais o direito fundamental de liberdade, bem como o direito à convivência social e familiar e, ainda, o direito à educação e profissionalização.

De todo o exposto, a conclusão é que não restou bem justificada a adequação e necessidade da regressão pelo viés do Superior Interesse, posto que a decisão não destacou quais os

¹⁹BRASIL. *Diretrizes de Riad*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁰ BRASIL. *Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93761/RS*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>> Acesso em: 11 mar. 2021.

outros direitos fundamentais que estariam sendo protegidos e efetivados ao sacrifício dos já citados para que assistisse razão ao convencimento judicial.

3. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: FUNDAMENTO ARGUMENTATIVO A SERVIÇO DE QUÊ/QUEM?

A depreender do caso da regressão de regime, verifica-se que tem-se aplicado um entendimento mais prejudicial ao adolescente do que para o adulto nas mesmas condições, sob argumento de que a sanção restritiva de liberdade para o infante se revestiria de um cunho educador. Sobre essa questão, o Doutor João Batista Costa Saraiva²² infere que o melhor interesse tem sido usado como forma de repristinar a doutrina menorista no ordenamento jurídico brasileiro, quando ao revés, deveria ser interpretado à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas, sob pena de se ressuscitar a velha doutrina travestida da nova, como um verdadeiro Cavalo de Tróia.

O que se tem defendido, portanto, é a interpretação do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pelo viés da máxima proteção da população infanto-juvenil. Isso significa dizer, que o melhor interesse estará observado quando se verificar que no caso concreto a decisão foi baseada na escolha que mais otimiza os direitos constituídos, efetivando o que foi normatizado na Constituição e nos Diplomas Internacionais.

A inteligência desse raciocínio compreende o princípio como norma aberta que direciona o intérprete para a finalidade do Direito, na razão de que o seu uso deve estar à serviço da via jurídica normativo-constitucionalizante. Nas palavras de Antônio Carvalho Filho²³:

[...]O juiz não é super-herói, não é antena da sociedade, não julga a partir da maioria ou dos anseios sociais. A sua referência é o Direito! Isso é aplicar ao processo uma visão constitucionalizada e constitucionalizante, dando normatividade à hierarquia superior e fundante de todo o sistema da nossa Carta Magna.

Apesar da citação falar em instrumentalização do processo, pode-se aplicar o entendimento para a instrumentalização dos princípios. Isso porque, tanto o magistrado quanto as outras autoridades que fazem uso do Poder precisam bem justificar suas decisões, evitando-se

²² SARAIVA, João Batista Costa. *A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança o Cavalo de Tróia” do Menorismo*. Disponível em: <<https://ijj.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicoes-03-e-04-parte-1.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²³ CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

deixar levar por arbítrios, sob pena de corromper o real sentido do Superior Interesse da Criança e do Adolescente.

O apontamento se faz, pelo perigo de usar o princípio para fins de exigências sociais ou moral individual. Inclusive, a questão vem sofrendo problemas de abstração e subjetivismo também na posição que a criança assume de palco das demandas emocionais dos adultos em que, no exercício do poder/dever parental o melhor interesse é usado como álibi ou escudo a outros propósitos, como bem explicado pela ilustre dr.^a Giselle Groeninga²⁴.

Num cenário de mudanças ideológicas, a Criança e o Adolescente como futuro da sociedade brasileira são o foco de atenção e preocupação daqueles que disputam os campos de poder simbólico. Assim, a cautela no uso do princípio deve buscar afastar o atecnismo jurídico. Cita-se como exemplo, o caso da gravidez da menina de 10 anos que sofreu abuso sexual e acendeu o debate contra o aborto²⁵.

A interrupção da gravidez dessa criança vítima de estupro foi campo de uma forte disputa ideológica e o Princípio do Superior Interesse, novamente, figurou como linha argumentativa. Na hipótese, a gravidez estava avançada com 22 semanas e quatro dias de gestação, fazendo com que a equipe médica local se recusasse a realizar o procedimento abortivo. Então, o magistrado, ao decidir pela interrupção da gravidez, citou que não haveria que se falar em tempo gestacional para o aborto quando a gravidez decorre de estupro, risco de vida à mulher e anencefalia fetal.

Ademais, destacou que ouviu a criança, que ela manifestou o desejo de não manter a gestação, colocando a vontade dela como soberana. A decisão, ainda, levou em consideração o relatório da equipe multidisciplinar, o parecer do Ministério Público e a oitiva dos familiares.

Em que pese a boa técnica da decisão judicial, o caso concreto encontrou percalços por sofrer pressão de grupos políticos, religiosos e com grande repercussão social²⁶. A temeridade foi tamanha, que o corregedor nacional de Justiça instaurou pedido de providências ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo para que informasse as providências adotadas pelo judiciário local ao caso.

²⁴ GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/44/Do+interesse+à+criança+ao+melhor+interesse+da+criança>>. Acesso em: 08 out. 2020.

²⁵ IBDFAM. *Gravidez de menina de 10 anos acende debate sobre aborte e necessidade de combate à violência sexual contra crianças*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7637/Gravidez+de+menina+de+10+anos+acende+debate+sobre+aborto+e+necessidade+de+combate+à+violência+sexual+contra+crianças>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁶ G1. *Menina que engravidou após ser estuprada no ES vai interromper gravidez em outro estado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/16/menina-que-engravidou-apos-ser-estuprada-deixa-o-es-para-interromper-gravidez-em-outro-estado.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

Nessa toada, a pauta de defesa ao direito à vida do feto sobrepujou os direitos ao respeito, dignidade, saúde, liberdade, e a própria vida da menina que teve esquecido seu direito de ser reconhecida como criança, sofrendo exposição desnecessária e dificultando ainda mais seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, tão importantes nessa idade.

Como se vê, o comportamento de grupos de poder acabam por instrumentalizar o Superior Interesse da criança e do Adolescente ao ditar-lhes que é melhor, pior, próprio ou impróprio, tendo em mira suas próprias convicções, sem buscar efetivar o que de fato se resguarda, que é o pleno gozo dos direitos dos pupilos.

Por fim, apresenta-se um emblemático caso em que foi aplicado o *Standard* debatido. Isso porque, com a epidemia do vírus da COVID-19, retomou-se o debate contrário à aplicação de vacinas. E, na defesa desse pensamento, insurgiram-se elementos de convicção religiosa, o sentimento de insegurança sobre a ciência, bem como o direito ao exercício da liberdade individual.

Ocorre, que aqueles contrários à vacinação também passaram a estender a rejeição em tomar a vacina para a vida de seus filhos incapazes, sob justificativa de que seria o melhor para eles, tendo em vista que tais vacinas poderiam causar efeitos colaterais e outros males físicos, morais ou espirituais, a depender do caso.

Nesse impasse, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito à liberdade de consciência e de crença não poderia prevalecer sobre outros direitos fundamentais como à vida e à saúde. Veja-se a tese fixada pelo STF²⁷:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, estado, Distrito Federal ou município, com base em consenso médico-científico.

Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

STF. Plenário. ARE 1267879/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 16 e 17/12/2020 (Repercussão Geral – Tema 1103) (Info 1003).

Assim, ponderando-se pela maior proteção de Direitos Fundamentais, justificou-se a legitimidade do caráter compulsório das vacinas, desde que existente consenso científico e registro nos órgãos de vigilância sanitária, bem aplicando o Princípio do Melhor Interesse, pois no caso concreto era a decisão que mais otimizava os direitos esculpidos no artigo 227 da CRFB/88.

²⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscador-dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CONCLUSÃO

O objetivo da pesquisa foi compreender o sentido e significado do Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, para então, a partir de um olhar técnico sobre o *standard*, direcionar os operadores do Direito para o caminho interpretativo que mais atende à finalidade da norma. Nesse sentido, reconheceu-se que o Brasil, desde o início do período colonial, até depois da consolidação da República, manteve-se alheio à população infanto-juvenil no sentido de percebê-la e tratá-la como Sujeito do Direito.

Assim, o ideal de capacitação e emancipação da Criança e do Adolescente para o exercício da cidadania, só veio forte após brava luta de movimentos sociais, que influenciaram a Assembléia Constituinte à implementar a doutrina da proteção integral na Constituição Federal de 1988.

Com isso, destacou-se que a CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente inspiraram-se em Diplomas Internacionais que declaram os Direitos das Crianças, reforçando a consciência de que os pupilos são seres humanos em desenvolvimento e, que precisam de proteção especial. A Proteção Integral, portanto, no artigo 227 da CRFB/88, remete ao atendimento de um conjunto de necessidades que as pessoas devem aos infantes, entendendo-se que o Superior Interesse da Criança e do Adolescente estará observado quando no caso concreto se verificar que a decisão do adulto preservou e efetivou o máximo possível esses direitos.

No entanto, em que pese as conquistas legislativas, notou-se que parte da consciência social mantém o ranço dos séculos de marginalização da infância brasileira, principalmente daqueles grupos que mais sofrem com o resultado da desigualdade social. Assim, o Estado-Juiz que por muito tempo aplicou a doutrina da situação irregular, bem como a prática das antigas políticas de controle, assistência e aprisionamento, tem reprimado essa posição nas decisões dos Tribunais.

Nesse passo, a questão da discricionariedade das decisões judiciais foi debatida, considerando-se que o Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente pode ser instrumentalizado à favor de influências políticas, religiosas, sociais, culturais ou outros interesses egoísticos, que não levam em consideração a função normativo-constitucionalizante do *Standard*.

Assim, o estudo percebeu que o Superior Interesse da Criança e do Adolescente sempre que for utilizado como fundamento argumentativo, deve ser aplicado de modo a otimizar o atendimento às necessidades dos pupilos. Por isso, o magistrado, ao realizar a ponderação, deve

descrever quais os direitos estão sendo protegidos e quais estão sendo restringidos, a fim de demonstrar que sua escolha foi aquela que melhor fomentou o gozo dos Direitos Constitucionais dos jovens cidadãos da pátria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Convenção sobre o direito das crianças*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Declaração universal dos direitos da criança*. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Novo Código de menores de 1979*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 43.511-SP*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 93761/RS*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *É ilegítima a recusa dos pais à vacinação compulsória de filho menor por motivo de convicção filosófica*. Disponível em: <<https://www.buscadordireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9c4e6233c6d5ff637e7984152a3531d5>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

CONJUR. *Maioridade Penal, sociedade mais punitiva colherá mais violência*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-27/edson-melo-sociedade-punitiva-colhera-violencia>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

G1. *Menina que engravidou após ser estuprada no ES vai interromper gravidez em outro estado*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/es/espírito-santo/noticia/2020/08/16/menina-que-engravidou-apos-ser-estuprada-deixa-o-es-para-interromper-gravidez-em-outro-estado.ghtml>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança*. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/44/Do+interesse+à+criança+ao+melhor+interesse+da+criança>>. Acesso em: 08 out. 2020.

IBDFAM. *Gravidez de menina de 10 anos acende debate sobre aborte e necessidade de combate à violência sexual contra crianças*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7637/Gravidez+de+menina+de+10+anos+acende+debate+sobre+aborto+e+necessidade+de+combate+à+violência+sexual+contra+crianças>>. Acesso em: 07 abr. 2021.

REINO UNIDO. Suprema Corte do Reino Unido. *Children Act 1989, Section 1*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/1>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

REVISTA ULTIMATO. *A história da heroína que criou a Declaração dos Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroína-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

RIZZINI, Irene, PILOTTI, Francisco, (orgs). *A Arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *A Quebra do Paradigma da Incapacidade e o Princípio do Superior Interesse da Criança o Cavalinho de Tróia” do Menorismo*. Disponível em: <<https://jjj.tjrs.jus.br/doc/artigos/edicoes-03-e-04-parte-1.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2021.