

**III JORNADA INTERAMERICANA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I  
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE  
BRASILEIRA DE PESQUISA EM  
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO  
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA  
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

## COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)  
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)  
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)  
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)  
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)  
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)  
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)  
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)  
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)  
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)  
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)  
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)  
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)  
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)  
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)  
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

## UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR  
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil  
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil  
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil  
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú  
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil  
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil  
RBPDPF | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais  
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais  
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia  
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil  
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil  
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil  
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil  
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil  
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil  
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil  
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil  
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil  
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil  
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil  
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

---

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPDPF, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa  
em Direitos Fundamentais

# **III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

## **ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

**O POSTULADO NORMATIVO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NECESSÁRIA HERMENÊUTICA DEFENSIVA CONTRA O “CAVALO DE TROIA”**

**THE NORMATIVE POSTULATE OF THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND TEENAGERS AND THE NECESSARY DEFENSIVE INTERPRETATION AGAINST THE "TROJAN HORSE"**

**Bárbara Galhardo Paiva <sup>1</sup>**  
**Bruno César da Silva <sup>2</sup>**

**Resumo**

A consagração da criança e adolescente como sujeitos de direitos, um dos pilares da atual Doutrina da Proteção Integral, por via de regra, rompeu os paradigmas da Situação Irregular baseadas no “menorismo”. Embora seja impossível a coexistência de ambas as doutrinas, o postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente (herdado da Situação Irregular) foi transcrito na legislação fundada na Proteção Integral, dessa vez, com a finalidade de efetivar seus direitos e garantias fundamentais dotados de prioridade absoluta. No entanto, a ausência de precisão do significado do postulado nos textos normativos, abriu lacunas para más interpretações vindas do “menorismo”.

**Palavras-chave:** Superior interesse, Postulado normativo, Doutrina da proteção integral, Doutrina da situação irregular

**Abstract/Resumen/Résumé**

The recognition of the rights of children and teenagers, one of the pillars of the current Doctrine of Integral Protection, in theory has broken the paradigm of Irregular Situation based on subjectivism. Despite the impossibility of the coexistence of both doctrines, the normative postulate of the best interests of children and teenagers (inherited from Irregular Situation) has been transcribed on the Integral Protection's legislation with the purpose of implementing with absolute priority their fundamental rights and guarantees. However, the lack of a precise definition of the postulate in law has opened gaps for misinterpretations regarding the doctrine of Irregular Situation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Bests interests, Normative postulate, Doctrine of irregular situation, Doctrine of integral protection

---

<sup>1</sup> Aluna do Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da Universidade de São Paulo (FDRP). Aluna de Pós-Graduação "lato sensu" em Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP)

<sup>2</sup> Defensor Público do Estado de São Paulo, docente da Universidade de Ribeirão Preto, Mestre em sistema de garantias fundamentais (Instituição Toledo de Ensino), Especialista em Direitos Fundamentais (Universidade de Pisa/Itália).

## INTRODUÇÃO

A consagração da criança e adolescente como sujeitos de direitos, um dos pilares da atual Doutrina da Proteção Integral, por via de regra, rompeu os paradigmas da Situação Irregular baseadas no “menorismo”. Embora seja impossível a coexistência de ambas as doutrinas, o postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente (herança da da Situação Irregular) foi transcrito na legislação fundada na Proteção Integral, dessa vez, com a finalidade de efetivar seus direitos e garantias fundamentais dotados de prioridade absoluta. No entanto, a ausência de precisão do significado do postulado nos textos normativos, abriu lacunas para más interpretações vindas desse passado ainda recente.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo elucidar a necessidade de uma hermenêutica concretizadora do postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente, compatível com os fundamentos da atual Doutrina da Proteção Integral em detrimento da antiga interpretação herdada do “menorismo” típico da Doutrina da Situação Irregular.

Para tanto, é atribuído ao tema um caráter nitidamente prático do problema jurídico, pois pretende exemplificar, desde o seu início, por meio de uma análise jurisprudencial a constante aplicação aos casos concretos do postulado normativo às margens dos direitos fundamentais expressamente declarados, revelando a ausência de concretude de sua interpretação, que muitas vezes são dotadas de critérios subjetivos dos operadores do direito.

Posteriormente, segue-se o presente trabalho na análise dogmática dos casos.

Torna-se, assim, imprescindível a apreciação das características das principais fases do direito da criança e adolescente, e suas conseqüentes previsões constitucionais e infraconstitucionais, para fins de ilustrar como o postulado normativo foi definido e aplicado nos diferentes momentos.

O desenvolvimento da pesquisa, portanto, é permeado pelo debate de cunho teórico do direito da criança e do adolescente, discernindo a sua evolução histórica, e a conseqüente mudança de paradigmas travada pela ruptura dos elementos norteadores da Situação Irregular pela lógica sistemática da Proteção Integral.

Isso porque, malgrado o reconhecimento de que o direito infanto-juvenil tenha, em tese, afastada a lógica sistemática da fase tutelar, para fins de aclamação da fase da proteção integral a partir da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), o fato é que ainda subsistem interpretações do postulado normativo que, baseadas no paternalismo, na arbitrariedade e no subjetivismo, característicos da Doutrina da Situação Irregular, violam direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente.

Faz-se mister, ainda, o estudo da bibliografia doutrinária, cumulada com a legislação compatível de cada um dos momentos. Logo, a segunda parte situa-se no campo bibliográfico, de cariz teórico-interpretativo -indutivo.

Segue-se, ainda, em caráter teórico indutivo-dedutivo, a apreciação da natureza jurídica de postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente e a utilização do método comparativo das interpretações do superior interesse inseridas em cada uma das doutrinas infancistas.

Assim, o trabalho também tem por escopo o debate dos motivos pelos quais ainda padecem resquícios “menoristas” na esfera interpretativa garantista e objetiva do postulado do superior interesse da criança e adolescente, e a dificuldade de concretização do real conteúdo jurídico do postulado normativo no caso concreto.

Por fim, a discussão se desenvolve na esfera da hermenêutica jurídica e teoria do direito, delineando alguns traços e pressupostos de controlabilidade, racionalidade das decisões jurídicas como meio de limitação da arbitrariedade dos julgadores.

## DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

A seguir, serão analisados alguns casos concretos, por meio de recentes decisões judiciais, para fins de exposição da problemática jurídica que perdura até os dias atuais, qual seja, a ausência de uma hermenêutica concretizadora do postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente, e o retorno ao “menorismo” da Situação Irregular.

### **Caso 01 – Subjetivismo: Internação pelo superior interesse ou desinternação pelo superior interesse?**

O presente caso abaixo revela situação interessante, em que o Juízo “a quo” extinguiu a medida de internação com fundamento nos princípios fundamentais ao Direito da Criança e Adolescente, quais sejam: da brevidade, intervenção mínima, proporcionalidade, atualidade, e, por fim, a invocação do superior interesse da criança e adolescente.

No entanto, em sede de apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, utilizou o mesmo princípio (superior interesse), para fundamentar o pedido manutenção da internação do adolescente, acarretando na reforma da sentença para fins de reestabelecimento da medida socioeducativa.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL. DECISÃO DO MAGISTRADO EXTINGUINDO A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA BREVIDADE, SUPERIOR INTERESSE DO MENOR, PROPORCIONALIDADE, INTERVENÇÃO MÍNIMA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Observe-se o trecho do voto da relatora:

A magistrada, na sentença, valeu-se dos princípios previstos no Art. 100, do ECA, destacando os princípios da brevidade da medida, mínima intervenção, imediatidade, proporcionalidade, atualidade e interesse superior da criança para extinguir a medida de internação.

Não obstante a existência de tais princípios, passa a ser dever do Estado executar medida que se entender condizente com as necessidades do adolescente. **É justamente visando o superior interesse do adolescente que este deve receber o atendimento socio-educativo..**<sup>2</sup> (negritei)

Percebe-se que o superior interesse da criança e adolescente foi objeto de fundamentação de duas partes contrárias, tanto para desinterná-lo, extinguindo a medida, quanto para interná-lo novamente, o que caracteriza uma verdadeira ironia traduzida pela subjetividade da sua interpretação.

## **Caso 02 – Ilegalidade oculta: Inobservância do dispositivo legal sob o fundamento do melhor interesse**

Já, neste caso ora em debate, foi decretada medida socioeducativa de internação-sanção ao adolescente nos autos do processo de execução nº 0068846-55.2013.8.26.0506, que tramitou perante a Comarca de Ribeirão Preto - SP, em razão do descumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida.

Acontece que não foi realizada a oitiva do adolescente em sede de audiência de justificação, bem como não houve descumprimento reiterado disposto como requisito no art. 122, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando assim, um constrangimento ilegal por parte do magistrado de primeiro grau.

Sendo assim, foi impetrado o *HABEAS CORPUS* nº 2160796-43.2014.8.26.0000, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, e o relator demonstrou o seguinte entendimento quanto à decisão impetrada:

**Assim, o magistrado decidiu com base em sua livre convicção, de modo fundamentado e em atenção ao melhor interesse do adolescente,** decretar a

---

ADOLESCENTE QUE CUMPRIU 837 (DIAS) E FUGIU POR TRÊS VEZES. MEDIDA QUE NÃO ATINGIU O MÁXIMO DE TRÊS ANOS (§ 3º, 121, ECA). COMPORTAMENTO INADEQUADO E LAUDO PSICOLÓGICO QUE DEMONSTRAM A NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APE 2012.080215-7 Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Data de Julgamento: 05/08/2013. Segunda Câmara Criminal Julgado.

<sup>2</sup> Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APE 2012.080215-7 Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Data de Julgamento: 05/08/2013. Segunda Câmara Criminal Julgado.



internação-sanção do paciente. Não padece a decisão de ilegalidade ou teratologia capaz de desconstituí-la.<sup>3</sup>

Verifica-se que o relator denegou a ordem, sob o fundamento que o Juízo “a quo” decidiu em atenção ao superior interesse do adolescente, invocando tal postulado normativo baseada em suas convicções íntimas do que é melhor para o adolescente.

Nesta situação, aplicação do superior interesse da criança e adolescente acaba por desobedecer ao princípio da legalidade em razão do retorno à hermenêutica traçada pela Situação Irregular, acarretando também, na violando de outras garantias: a ampla defesa, ao contraditório e à liberdade. Trata-se de um reflexo da doutrina “menorista”, pois na sua vigência, era admitido ao julgador decidir livremente a “situação irregular” do adolescente.

### **Caso(s) 03– Tráfico de drogas x art. 122, I do ECA: superior interesse como fundamento para aplicação da medida de internação**

Os casos abaixo apresentados revelam uma típica situação, a qual julgadores aplicam o postulado normativo para fundamentar decisões em casos concretos, os quais na verdade, não caberiam medida socioeducativa de internação.

Isso porque o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu art. 122 e incisos, prevê o caráter excepcional da aplicação da medida socioeducativa de internação, quais sejam: quando tratar-se de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cumprimento de outras infrações graves; e por descumprimento reiterado de outra medida socioeducativa anteriormente imposta. Vale ressaltar, em seu parágrafo 2º, que nenhuma hipótese poderia ser aplicada medida de internação se houver outra medida adequada

Analisando alguns casos concretos de prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, nenhum deles cumpriam os requisitos ora mencionados.

No entanto, um dos fundamentos dos Julgadores fica atrelado ao cabimento da internação em atendimento ao superior interesse da criança e adolescente, pois tal providência nada mais seria que “para o próprio bem do jovem”, haja vista que a medida socioeducativa não constitui pena.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. HC 2160796-43.2014.8.26.0000. Relator: Issa Ahmed. Data do Julgamento: 16.03.2015. Câmara Especial.

<sup>4</sup> *HABEAS CORPUS* - ECA - ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO IRRESIGNAÇÃO COM A DECISÃO DE PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO QUE APLICOU A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 122 DA LEI Nº 8.069/90 - INEXISTÊNCIA - CARTA MAGNA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE CONSAGRAM A

Em outras muitas situações como estas, nos deparamos com a fundamentação baseada na gravidade em abstrato do ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, sem ao menos observar os termos da Súmula 492 do STJ, e tampouco o fato de o rol previsto no art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente dever ser interpretado de forma restritiva, sem brechas para extensões.

Em sede de *HABEAS CORPUS* impetrado no STJ, o Relator demonstrou o seguinte entendimento:

Como é cediço, o tráfico de entorpecentes é infração cujos elementos revelam a prática de violência ou, ao menos, grave ameaça contra a sociedade. Por essa razão, recebeu o mesmo tratamento atribuído aos crimes hediondos, equiparando-se a eles. Não se deve, outrossim, olvidar que a internação provisória tem o escopo de resguardar o próprio infrator. No caso em tela o menor passa por evidente situação de risco. Documento: 49625894 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 03/08/2015 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça **Assim é que, nos termos do artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o seu recolhimento à instituição adequada mostra-se imperioso. Interpretação diversa, inclusive, desvirtuaria os objetivos insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da proteção integral e superiores interesses de crianças e adolescentes, pois criaria empecilhos ao direito de receberem o tratamento mais adequado às suas necessidades socioeducativas.** Portanto, DENEGO a liminar requerida. [...].<sup>5</sup> (negritei)

Observe-se outra decisão regada de critérios subjetivos, no momento em que o Tribunal mesmo diante da ilegalidade na aplicação da medida de internação nessas circunstâncias, afirma que “interpretação diversa, inclusive, desvirtuaria os objetivos insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da proteção integral e superiores interesses de crianças e adolescentes”.

Muito pelo contrário. A própria decisão pela manutenção da medida de internação, privando o adolescente de seus direitos e garantias fundamentais, constitui uma contradição à doutrina proteção integral e ao superior interesse da criança e adolescente, muito embora o Estatuto da Criança e Adolescente tenha dado margem à essas interpretações “menoristas”.

---

**DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** INTELIGÊNCIA ARTIGO 112, § 1º DO ECA - PACIENTE QUE CONFESSA A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL - NECESSIDADE DA MANTENÇA DO PACIENTE AFASTADO DO PERNICIOSO CONVÍVIO COM MARGINAIS DA LEI - OS CRIMES E, EM CONSEQUÊNCIA, OS ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS QUE ENVOLVEM ENTORPECENTES REPRESENTAM CLARA VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À SAÚDE PÚBLICA E À SOCIEDADE COMO UM TODO, PERMITINDO A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE - AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NÃO SÃO PENAS E VISAM À RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE - PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAS - SÚMULA 492 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INAPLICABILIDADE NO CASO INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. HC: 0040614-28.2012.8.19.0000. Relator: Des. Antonio Jose Ferreira Carvalho. Data de Julgamento: 25/09/2012. Segunda Câmara Criminal. Data de Publicação: 23/05/2013.

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 328562 SP 2015/0154513-7. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 03/08/2015.

Diante do exposto, é possível verificar a constante invocação do postulado normativo para justificar o caráter representativo do que o próprio julgador crê que atenderá o melhor interesse do adolescente. A utilização de desses critérios subjetivos e discricionários na hermenêutica jurídica, nada mais é do que uma herança da Situação Irregular que ainda perdura no novo paradigma.

### **Análise Dogmática dos Casos**

Neste subcapítulo, será feita análise de cunho teórico, para compreendermos os motivos pelos quais ainda padecem resquícios “menoristas” na esfera interpretativa atual do postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente, e as possibilidades de controlabilidade e racionalização das decisões judiciais fadadas de subjetivismo, em conjunto com críticas relacionada à hermenêutica jurídica. Vejamos.

A posição da criança e do adolescente no ordenamento jurídico, seja internacional ou nacional, passou pelas mais diversificadas fases, as quais são traduzidas por um contexto histórico de constante evolução do próprio olhar da criança frente às intervenções de seu interesse.

No Brasil, a caminhada dos juristas em definir o direito da infância e juventude foi árdua, podendo ser transcrita em quatro fases: a) fase da absoluta indiferença, onde não havia nenhum indício de diferenciação do menor de idade na legislação); b) fase da mera imputação criminal (doutrina penal do menor); c) fase tutelar e d) fase da proteção integral. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2015)

Para fins deste trabalho importante nos ateremos a terceira e quarta fases.

A fase tutelar, traduzida pela Doutrina da Situação Irregular, iniciou-se com a elaboração do primeiro Código de Menores, mais conhecido como Código Mello Mattos, e, posteriormente com o Código de Menores de 1979. (AMIN, 2013)

Neste sentido, a Doutrina da Situação Irregular possuía como única preocupação a tutela do “menor abandonado e delinquente”, sem uma estrutura familiar consolidada e cujo status jurídico permanecia mitigado, uma vez que se posicionavam à margem das relações jurídicas, como meros objetos das intervenções de direito.

Em todas as discussões no âmbito jurídico, não se procuravam garantir a realização dos direitos demandados pelos jovens, mas sim satisfazer interesses alheios, geralmente dos próprios genitores do infante.

Havia uma grande distinção entre os jovens em plenas condições de desenvolvimento, inseridos em um padrão socialmente aceitável, daqueles em literalmente em

“situação irregular”, pois aqueles eram tutelados pelo Direito de Família, previsto no Código Civil, e estes, pelo Código de Menores. (AMIN, 2013)

De fato, o Código Civil também influenciou de forma significativa no destinatário do Código de Menores e na estigmatização da criança e do adolescente, viabilizando o conceito de incapacidade do menor e a conseqüente irrelevância de sua opinião, bem como estipulando uma definição conservadora de família e todo o seu idealismo vindo de seus dispositivos.

Diante da ausência de políticas públicas e de uma estrutura institucional consolidada, o Juiz de Menores utilizava de seu poder discricionário para realizar o papel de “bom pai de família” (SARAIVA, 2010), assistencialista do “menor abandonado e delinquente”, com a alçada para decidir livremente e sem a observância dos limites da lei a situação irregular do adolescente (invocando o postulado do superior interesse da criança e adolescente (SARAIVA, 2010)).

Dessa forma, enquanto da vigência da Doutrina da Situação Irregular, o postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente possuía caráter meramente representativo do que o próprio julgador entendia ser melhor para o infante, e portanto, intitulado para justificar as decisões judiciais fadadas de subjetivismo.

O postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente era aplicado justamente para fundamentar todos os atos arbitrários dos aplicadores do direito, inclusive do Ministério Público, que ao pleitear a internação do adolescente infrator, sem escancarar o intuito punitivo, justificava tal ato como nada mais sendo do que uma proteção para o “bem do “menor”.

Assim, a Doutrina da Situação Irregular, distante de constituir uma doutrina garantista, não estava preocupada em atribuir direitos à criança e adolescente, mas sim a tratar-lhes como objeto de defesa da própria “situação irregular”.

Posteriormente, com o advento da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, e a nova preocupação com os direitos humanos, o direito infante-juvenil também sofreu uma ruptura paradigmática da fase tutelar para fins de consagração de um novo modelo fundado pela fase da proteção integral, vigente no nosso ordenamento jurídico até os dias atuais.

É de suma importância a percepção da existência de dois momentos históricos tão distintos do Direito da Criança e do Adolescente (fase tutelar e fase da proteção integral), constituindo a transição, sem dúvidas, em um divisor de águas no olhar da criança pelo ordenamento jurídico.

Isso porque, criança e adolescente passam a se posicionar como protagonistas das relações jurídicas, e não mais aqueles que apenas “observam” a lide, distantes da situação denominada “irregular” e analisada por um poder discricionário que excedem limites. (PEREIRA, 1999)

É conferido ao público infante-juvenil o caráter de titulares de direitos expressamente declarados, tal como os adultos. (PEREIRA, 1999)

Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 inaugurou a Doutrina da Proteção Integral, ditando os preceitos norteadores dos direitos da criança e do adolescente e portanto, contemplando os direitos e as garantias fundamentais da criança e adolescente. (NUCCI, 2014)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, oriundo da promulgação da Lei 8069/1990 também reforçou, literalmente, observância à Proteção Integral logo em seu art. 1º, na tentativa de declarar expressamente a revogação da Situação Irregular, aperfeiçoando o respaldo jurídico ao infante e garantindo, agora, a realização de seus direitos enquanto pessoa em desenvolvimento.

Neste contexto, o subjetivismo dá espaço para o garantismo, sendo que o Juiz da Infância e Juventude passa a adotar critérios objetivos previstos expressamente na legislação em vigor, e não mais baseadas nas suas convicções íntimas. Torna-se um dever social não apenas do Estado, mas da família e sociedade primar, com vista à prioridade absoluta, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente previstos na Magna Carta e no Estatuto da Criança e Adolescente, assegurando a condição peculiar de desenvolvimento típica destes sujeitos de direitos. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2015)

É claro que, na ausência da família para dividir tal responsabilidade, o Estado por meio de políticas públicas assistenciais deve suprir tal carência, protegendo a integridade de seus direitos.

O fato é que quando o direito infante-juvenil se encontra reprimido e impossibilitado de ser exercido, quem realmente acha-se na denominada “situação irregular” são os próprios entes e poderes, isto é, família, Estado ou sociedade. (SARAIVA, 2010)

Uma vez que o direito da criança e adolescente passa a ter reconhecimento internacional de expressiva valoração, torna-se um dever o de prevalecer o interesse destas em face de outros, como por exemplo, em ações que os pais estão figurados nos polos processuais, é fundamental que seja sempre ponderado o superior interesse da criança e adolescente como objetivo primordial.

Consequentemente, observada a sua prioridade absoluta, o infante está assegurado de inúmeras garantias condicionadas à sua condição peculiar de desenvolvimento, tais como o direito à convivência familiar, ao resguardo de seus interesses nos procedimentos de adoção, liberdade de pensamento, e nessa perspectiva, o superior interesse da criança e adolescente deverá ser atendido. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2015)

Neste sentido, o postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente, que já estava presente na Doutrina da Situação Irregular (art. 5º do Código de Menores), mas como mera simbolização do que o próprio magistrado achava que era melhor para o adolescente, com o advento da Proteção Integral, torna-se de cumprimento obrigatório e em conformidade com os fundamentos da nova doutrina.

A nova hermenêutica do postulado normativo, portanto, nada mais é do que a responsabilidade descentralizada de todos os entes e poderes de resguardar os direitos e garantias fundamentais da criança e adolescente na apreciação dos casos concretos, tornando-se um norteador dos operadores do direito, de modo que o garantismo surge como um limitador da anterior aplicação esdruxula do superior interesse da criança e adolescente.

A luz da proteção integral, o superior interesse constitui vínculo normativo dotado de idoneidade para efetivar direitos fundamentais (PEREIRA, 1999). À título de exemplo, o próprio art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu inciso IV, estabelece que no tocante às medidas de proteção aplicadas a criança e ao adolescente, deve-se observar os princípios que regem as suas aplicações, dentre eles, o superior interesse da criança e adolescente, pois é obrigatório a satisfação prioritária dos interesses de destes enquanto em desenvolvimento.

Diante desse panorama, o Juiz da Infância e Juventude, não pode ser mais aquele que ao clamar pelo melhor interesse da criança e adolescente, utiliza-se do subjetivismo para decidir livremente, sem barreiras, nem mesmo com a observância aos limites da lei. Na Proteção Integral, o juiz deve ser dotado de objetividade, simplicidade e atrelar-se à legalidade das normas e regras de Hermenêutica Jurídica.

O superior interesse da criança e adolescente deveria servir como um ponto norteador, um orientador para que operador do direito e legislador pudessem resguardar em primeiro lugar os direitos infancista nos casos concretos, ou até mesmo uma referência para elaboração de textos legislativos.

Contudo, sem a devida cautela, os textos legais orientadores da Proteção Integral deixaram de concretizar o verdadeiro significado do postulado normativo, abrindo brechas para más interpretações que retornam ao “menorismo” da Situação Irregular.

Dessa forma, sem a determinação expressa do seu conteúdo jurídico, muitos juristas entendem que a sua utilidade é praticamente nula, pois a falta de clareza de seu conceito potencializa as chances de o postulado normativo ser utilizado como um “cheque em branco”, justificador de atos arbitrários saudosistas da antiga doutrina. (MANRIQUE, 2002)

Portanto, cabe aqui indagar se houve uma ruptura efetiva da lógica sistemática da Doutrina da Situação Irregular em prol dos novos preceitos da Proteção Integral, ou se existe uma dificuldade de aceitação do novo modelo que afasta o autoritarismo e discriminação frutos de uma sociedade desigual.

Muito pelo contrário. A guisa de exemplo, é cediço que os conceitos de “incapaz”, seja o de “absolutamente incapaz” ou “relativamente incapaz” oriundos do Código Civil de 1991 - e consequentemente do Código de Menores - ainda persistem no Código Civil de 2002, isto é, nada mais é que um reflexo da contradição com os alicerces da Proteção Integral, pois como uma criança pode ser titular de direitos e garantias fundamentais, se também é definida como um sujeito “incapaz”?

Dessa forma, o próprio Código Civil de 2002 trata a opinião da criança de forma irrelevante, acarretando no retrocesso ao antigo conceito da criança e adolescente como mero objeto de intervenção dos adultos, de modo que converter um Código Civil (1916) totalmente esclerosado, por outro supostamente esquizofrênico. (SARAIVA, 2013)

No mesmo contexto, o postulado normativo acaba servindo como supressor as garantias constitucionais de muitos adolescentes cometedores de atos infracionais, quando, por exemplo, cumprem medidas socioeducativas internação ocasionadas por atos infracionais que, se fossem adultos, nem mesmo seriam privados de liberdade.

É sob o paradoxal argumento de que, se o adolescente não é acometido pelas punições impostas pelo sistema penal, a aplicação de medida de internação, privando-o de liberdade seria um “ato de bondade” do julgador, pois assim, o superior interesse seria atendido.

Afinal, se a privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei fosse, de fato, para o “bem” dele, certamente haveria filas na porta da Fundação CASA de pais desejando matricular seus filhos rebeldes.

Torna-se patente os absurdos das decisões arbitrárias ao aplicarem “medidas socioeducativas” imbuída de caráter sancionatório e punitivo, quando, na realidade, a Proteção Integral estabelece a sua finalidade multidisciplinar (pedagógico, psicológico, social) em contrapartida à práticas de atos infracionais.

A concepção de tutela dos abandonados, inobstante a mudança dos paradigmas cercada entre duas doutrinas, atualmente respaldada pelos ordenamentos jurídicos atuais, ainda persiste a função dos aplicadores do direito cuja mentalidade traduz-se e um amparo assistencial, ofendendo a letra da lei. O jurista que apela para questões criminológicas à esfera da Infância e Juventude, no fim, apenas comprova o total desconhecimento das razões do Ato Infracional. (ROSA, 2015)

Felizmente, o adolescente ainda pode ser beneficiado pelos institutos da legítima defesa, do estado de necessidade, prescrição, etc. Quando não, prevalece a visão dos justiceiros que enxergam o que é melhor para a criança e adolescente, evidenciando um melhor interesse imaginário dos julgadores. O grande dilema é saber quais os critérios de aferimento do sinônimo de bondade em prol do adolescente. Aliás, o nazista mantinha em sua convicção, a matança de pessoas inocentes dotada como uma boa decisão. (ROSA, 2015)

No entanto, de tempos em tempos, magistrados invocam o superior interesse da criança e adolescente para justificar os atropelos à ampla defesa, aos limites da lei, e, inclusive, é capaz de ferir indiretamente interesses alheios. Não podemos esquecer que o Estatuto da Criança e Adolescente é um grande contribuinte dessas interpretações inconsequentes do postulado normativo, pois se cala diante da vulnerabilidade da hermenêutica “menorista”. (NUCCI, 2014)

Podemos verificar as atrocidades acarretadas por pela atuação dos juristas respaldada pela antiga Doutrina da Situação Irregular, de modo a desconsiderar a letra da lei e fazer o papel de protetor do “menor” em situação vulnerável, quando olhamos para a internação provisória prevista no o art. 174 do ECA, aplicável para garantia de sua segurança pessoal.

Todavia, é totalmente contraditória a privação da liberdade do adolescente com o intuito de protegê-lo. Primeiro porque o fato de o adolescente estar internado, mesmo que provisoriamente, não tem a finalidade de proteger ninguém. Pelo contrário, a convivência com outros adolescentes em conflito com a lei, com diversas personalidades atribuídas ou não ao meio delitivo, pode até prejudicar aquele que está internado para “ser protegido”.

É óbvio que em alguns casos, faz-se necessária a movimentação das redes protetivas de assistência social do município, instituições acolhedoras, quando presentes circunstâncias ensejadoras de tais providências cabíveis, mas nunca privá-lo de liberdade com intuito de proteger sua segurança, ainda mais considerando as condições das Fundações incumbidas de aplicar a medida de internação. (SARAIVA, 2010)

O fato é que as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão. No amor não há barreiras, na justiça sim. O



amor não constitui um empecilho quando atua em complemento com a justiça. Porém, é inadmissível que o amor seja um substituto cínico ou até ingênuo da Justiça. (MÉNDEZ, 2006).

Esse discurso de amor que é visto constantemente na esfera da infância e juventude – privação de liberdade sob o argumento de fazer o “bem” – muitas vezes esconde a verdadeira finalidade de represália e punição do adolescente sem escancarar a inobservância dos limites da lei.

É neste contexto que a pesquisa faz uma demonstração prática da hermenêutica subjetiva e arbitrária do superior interesse por meio de recentes decisões judiciais supramencionadas. Resta nítida a afronta aos direitos fundamentais, em atenção à um suposto melhor interesse da criança e adolescente.

Embora alguns juristas raciocinam que a doutrina da proteção integral tenha cessado o subjetivismo das decisões judiciais, para legitimar o garantismo e a oportunidade do público infante-juvenil se intitularem como verdadeiros sujeitos de direitos e lutarem por tal posição, infelizmente, a consciência “menorista” ainda se persiste na esfera jurídica atual, enraizada na hermenêutica jurídica subjetiva dos julgadores, que se aproveitam das brechas da lei.

O postulado normativo do superior interesse acaba sendo operado como um “Cavalo de Troia” herdado do “menorismo”, para fundamentar decisões alheias aos seus direitos reconhecidos internacionalmente, e adotados por operadores do direito que sabem o que é melhor para a criança e adolescente, sem considerar a vontade principal do interessado. (SARAIVA, 2010)

Portanto, cabe ao Estado, no momento de traçar o destino da criança e do adolescente, levar em consideração que o postulado normativo existe justamente para assegurar, em qualquer situação, a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais tomados com prioridade absoluta, pois não se deve admitir um retrocesso do direito da infância e juventude pela coexistência de interpretações irresponsáveis do que ordena a Doutrina da Proteção Integral.

É claro que a infância e juventude não é a única a sofrer com a problemática de hermenêutica subjetiva dos juízes, os quais decidem ao seu bel prazer inúmeros conflitos das mais diversas esferas sem a observância da norma constitucional.

A função do jurista é justamente interpretativa, desde textos legais até contratuais, entre outros ligados ao âmbito jurídico. Isso porque todo texto é passível de interpretação, para que enfim, reproduza um significado.

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica possui como fundamento não só o próprio conhecimento do significado, mas também uma “função normativa”, afastando a sua generalidade para a especificidade do caso prático. (MELLO, 2000)

Assim, não basta apenas a compreensão do direito para aplicá-lo. É preciso também interpretar a realidade fática em que vivemos, as circunstâncias políticas e sociais para a qual o direito será aplicado. (GRAU, 2013)

Trata-se de uma ação mútua do autor e do interprete, tendo em vista que o legislador depende do interprete para dar sentido no texto impresso, produzindo, assim, uma norma coerente com o momento histórico.

Assim, o sentido dos textos, o qual é denominado de norma, somente torna-se palpável na apreciação dos casos concretos. Observa-se que apenas a literalidade do texto dificilmente resolverá os conflitos. No entanto, não quer dizer que é facultada a desconsideração do da letra da lei.

A interpretação apenas baseada na linguagem formal ora exposta no texto, não é o suficiente para dar o devido sentido à norma, pois depende de sempre do cenário histórico que foi normatizado, mas também não devemos negligenciar a sua estrutura linguística para fins de controlabilidade da hermenêutica jurídica.

No caso do superior interesse da criança e adolescente, a mudança da estrutura linguística do postulado não altera a produção da norma. Tanto é que também pode ser denominado como “melhor interesse da criança e adolescente”.

Contudo, a interpretação dada sem o devido respeito ao paradigma atual da Proteção Integral, acarreta no intolerável retorno ao contexto da Situação Irregular, tendo em vista a recorrente hermenêutica fadada apenas de aspectos ônticos, e não ontológicos dos magistrados.

A racionalidade é, sem dúvidas, outro fator de extrema importância, tendo em vista que um texto normativo, dentre as várias interpretações possíveis, busca-se pela ponderação da mais adequada ao caso concreto. Afinal, o direito não constitui uma ciência exata, mas sim aquilo que é justo. (GRAU, 2013)

No contexto heideggeriano, a partir do momento em que o ente é internalizado, o círculo hermenêutico promove novas voltas (mutações de interpretação e ampliação de sentidos) até chegar em uma capacidade de compreensão racional e adequada. (MARRAFON, 2015)

De outro modo, na Teoria Pura do Direito, Kelsen determina a importância da utilização de critérios de validade para definição da interpretação de um texto. Dessa forma,

tal critério funciona como uma condição de existência da norma, a qual deve ser autorizada por uma norma superior.

No ordenamento jurídico brasileiro, todo texto normativo está condicionado sua validade à Constituição Federal, pois esta nada mais é que o requisito de possibilidade de hermenêutica do texto inferior (STRECK, 2013). Todos os enunciados jurídicos possuem a obrigatoriedade de serem aplicados nos termos da Magna Carta, exceto em casos de inconstitucionalidade ou nulidade do texto, e deixar de aplicar regra por violação de princípio constitucional.

Não há norma sem texto legal, todavia, a norma não pode ser fundada de qualquer forma. Lenio Streck aborda sobre as dificuldades de cumprimento da Constituição, e discursa sobre as teorias para fins de combate do Estado de Exceção Interpretativo, presente hoje na consciência dos operadores de direito. (STRECK, 2016)

Hoje vivemos uma crise paradigmática do direito. Isso porque apesar de atualmente vivermos em um Estado Democrático de Direito, ainda existe um retrocesso que, pelas dificuldades de adaptação ao contexto histórico, os textos são interpretados, de um lado, em caráter meramente formal, ou, de outro, como forma de superação os atores jurídicos utilizam de sua discricionariedade para dar sentido à interpretação. Em uma democracia, nenhuma dessas versões são adequadas (formalismo ou axiologismo). (STRECK, 2016)

Existe, ainda, um grande entrave, oriundo do debate dos limites fronteiriços da hermenêutica jurídica, qual seja, entre o jurisdição constitucional e democracia. Isso porque não se deve priorizar a jurisdição constitucional, frente à aos textos legais democraticamente votados e compatíveis com a Magna Carta. Logo, ao “criar” novos textos, a jurisdição não estará interpretando, mas sim substituindo-se ao poder constituinte. Assim, a democracia se converterá em jurisdicocracia, ultrapassando as barreiras da hermenêutica jurídica. (STRECK, 2016)

Por incrível que pareça, a hermênica jurídica é conservadora, sendo que esta deseja preservar a o modelo constitucional, o qual fundamenta o nosso paradigma atual: o Estado Democrático de Direito. O problema é delimitar qual tipo de jurisdição constitucional que desejamos: aquela que mantenha o olhar na Constituição, que efetivamente aplique o direito, ou aquela dotada de decisões que determinam que é A, leia-se B? (STRECK, 2016), ou então, o que a Constituição Federal diz que deve obedecer a doutrina da proteção integral, na verdade devemos persistir no retrocesso da Situação Irregular? Este poder não foi dado ao Juiz de Direito.

De fato, sempre vamos nos deparar com casos vagueza da legislação do direito, o que é de certa forma natural, pois nem sempre o texto jurídico consegue traduzir a realidade em que vivemos, no seu devido contexto histórico. O problema é a solução que damos para esses casos, sendo que em sua maioria entregamos o texto para o juiz decidir de forma discricionária e subjetiva, ao invés de construirmos uma teoria da decisão que respalda o Estado Democrático de Direito, para fins de que o magistrado interprete primordialmente à luz da Constituição (STRECK, 2015). É claro que Juiz é um ser humano, e conseqüentemente, por mais que tenha o dever de imparcialidade, é muita ingenuidade acreditar na sua neutralidade ao decidir. No entanto, não significa que possa decidir como bem quiser, sem observância da letra da lei.

*In casu*, apesar das lacunas da lei no tocante à definição concreta do superior interesse da criança e adolescente, o correto seria ponderar os princípios norteadores da infância e juventude previstos na Constituição Federal, tornando-se patente o dever do juiz de apreciar o texto infraconstitucional (a hermenêutica do superior interesse) com base na Proteção Integral Constante no artigo 227 da Constituição Federal, o qual também destaca a sua principiologia (prioridade absoluta).

Cumprir o que dispõe o texto legal não traduz-se no retorno ao positivismo jurídico, formalista e superficial. Isso porque positivismo jurídico é representado por política institucional, axiológica, funcional, bem como possui uma filosofia baseada no racionalismo moderno (MARRAFON, 2015). A norma, produto da hermenêutica do texto, não pode ser fadada de pré-conceitos peculiares do intérprete, mas deve erguer-se a partir da fusão das dimensões ônticas e ontológicas. (MARRAFON, 2015)

Contudo, alguns juristas ainda insistem em dizer sobre a necessidade de atualização da teoria da tomada da decisão, para fins de que seja levado em conta a pessoa humana do julgador, isto é, suas emoções e mentalidade, as quais possuem capacidade de modificar o curso da decisão, objetivando uma pendência ao subjetivismo. Assim, até gestos de testemunhas são tomados por consideração nos juízos de interpretação do julgador.

Acontece que essa relação sujeito-objeto não deve mais prosperar. Esse paradigma da subjetividade não deve persistir, pois se assim fosse, não existiria uma teoria da tomada de decisão. Afinal, como poderíamos teorizar algo constituindo por mutações oriundas da vontade compulsiva do julgador? (STRECK, 2016)

A teoria da decisão deve garantir, no mínimo, as regras do jogo, ou seja, a observância da normativa Constitucional. É constituída por parâmetros limitadores da discricionariedade do magistrado. O jurisdicionado não pode ficar a mercê dos juízos e pré-

juízos do julgador (STRECK, 2016), especialmente na esfera da infância e juventude, onde à vista disso, a vida da criança fica nas mãos do juiz. O Direito que está sujeito às emoções do julgador, este, conseqüentemente, foge da racionalidade. (STRECK, 2016)

Logo, a hermenêutica jurídica do superior interesse da criança e adolescente carece de adequação de sua norma ao momento histórico que vivemos atualmente, e assim sendo, evidencia uma plena dificuldade de obediência ao texto constitucional.

## CONCLUSÃO

Apesar da crise da Doutrina da Situação Irregular decorrente da reivindicação dos direitos humanos e fundamentais durante o período entre guerras e a conseqüente mudança paradigmática do direito da criança e adolescente, a transposição do postulado normativo do superior interesse da criança e adolescente, antes previsto em um modelo totalmente norteado pela discriminação, arbitrariedade e subjetividade das decisões, cumulado com a falta de uma definição concreta na nova legislação moldada pela Proteção Integral, viabilizou a abertura de lacunas para más interpretações baseadas no “menorismo” incompatíveis com o garantismo da nova doutrina.

De fato, um dos grandes fatores contribuintes da ausência de uma hermenêutica concretizadora do postulado normativo, se dá na grande dificuldade de reconhecimento de uma doutrina garantista, adotando a premissa de que o direito infanto-juvenil não passa de um assistencialismo da tutela dos abandonados.

Assim, diante da omissão legislativa, além do obscuro intuito punitivo e estigmatizador do adolescente em conflito com a lei, o postulado normativo ao seu final, acaba sendo invocado para dissimular a violação dos seus direitos e garantias fundamentais, quando, na realidade, deveria protegê-los.

É em nome do superior interesse, que o operador do direito justifica a inobservância da letra da lei em favor de uma interpretação subjetiva do que é melhor para criança e o adolescente, pois infelizmente, o paternalismo ainda subsiste, apesar de antagônico a Doutrina da Proteção Integral.

O que se espera de um Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito é a utilização da abertura semântica dos postulados e princípios para garantir e efetivar direitos fundamentais, ainda mais de crianças e adolescentes, e não para, em nome de seus conceitos e pré-conceitos, transformar o postulado do superior interesse em verdadeiro caminho sem volta para um Estado de Exceção, onde a vontade do julgador determina as regras do jogo.

O postulado torna-se diretriz orientadora máxima para que, sempre, em todos os casos, a interpretação a ser dada à lei no caso concreto, seja no sentido de efetivar e potencializar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos e detentores de prioridade absoluta.

## REFERENCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA Danielle Rinaldi; SOUZA Thiago Santos de. *Direito da criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROS, Nivia Valença. *Violência intrafamiliar contra criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social*. Rio de Janeiro, 2005. 248f. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.uff.br/maishumana/acervo/publicacoes/teses/viol\\_intraf1.pdf](http://www.uff.br/maishumana/acervo/publicacoes/teses/viol_intraf1.pdf)>. Acesso em: 20 Out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 328562 SP 2015/0154513-7. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Publicação: DJ 03.08.2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. APE 2012.080215-7 Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Data de Julgamento: 05.08.2013. Segunda Câmara Criminal Julgado. Data de Publicação: 15.08.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. HC 2160796-43.2014.8.26.0000. Relator: Issa Ahmed. Data do Julgamento: 16.03.2015. Câmara Especial.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. HC: 0040614-28.2012.8.19.0000. Relator: Des. Antonio Jose Ferreira Carvalho. Data de Julgamento: 25/09/2012. Segunda Câmara Criminal. Data de Publicação: 23.05.2013.

BRUÑOL, Miguel Cillero; *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. Justicia y Derechos Del Niño. Santiago de Chile: UNICEF, 1999.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver* (coord.: Maria Berenice Dias), São Paulo: Revista dos Tribunais/IBDFAM, 2008.

Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. *Revista de Direito da Infância e Juventude*. Ano 1. Vol. 2. jul-dez/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANSCISCHINI, Rosângela; HERCULANO, Alexandre Ricardo Campos. *Adolescente em conflito com a lei e medidas socioeducativas: Limites e (im)possibilidades*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/viewFile/1397/1097>>. Acesso em: 26 Out. 2015.

GOMES, Julio Cesar. *Adoção intuitu personae e o princípio do melhor interesse do menor*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/adocao-intuitu-personae-e-o-principio-do-melhor-interesse-do-menor/882/>>. Acesso em: 26 Out. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6 edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Texto constitucional não é norma, mas vincula*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-28/constituicao-poder-texto-constitucional-nao-norma-vincula>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional internacional: uma introdução*. 2 edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, Rio de Janeiro.

MENEZES, Rita de Cássia Barros de; NOGUEIRA JÚNIOR, Gabriel Ribeiro. *A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em decisões de reconhecimento de pluriparentalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91a0ac7c34ea63ff>>. Acesso em: 26 Out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Tania da Silva. *O melhor interesse da criança em debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROBERTI JUNIOR, João Paulo. *Evolução jurídica do direito da infância e do adolescente no brasil*. Disponível em: <<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20121/artigo025.pdf>>. Acesso em: 20 Out. 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Ato infracional: ação penal pública condicionada e privada: de quem é a legitimidade?* Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/ato-infracional-acao-penal-publica-condicionada-e-privada-de-quem-e-a-legitimidade/>> Acesso em: 15 Out. 2015.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da criança e do adolescente: Comentado Artigo por Artigo – Lei 8.069/1990*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Superior Interesse: O menor, a criança, a Lei e os Tribunais*. *Revista de Direito da Infância e Juventude*. Ano 1. Vol. 2. jul-dez/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Bruno César da. *Da efetivação do direito à participação processual de crianças e adolescentes através da Defensoria Pública*. Bauru: 2014.

SOUZA, Jane de. *Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente aplicado ao direito de família*. Acesso em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-aplicado-ao-direito-de-familia,31986.html>>. Disponível em: 26 Out. 2015.

STRECK, Luiz Lenio. *Cresce o interesse dos alunos por hermenêutica nas faculdades*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/senso-incomum-cresce-interesse-alunos-hermeneutica-faculdade>>. Acesso em: 10 Nov. 2016.



\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*; 3 Ed. Reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Os limites da interpretação e a democracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-25/diario-classe-limites-interpretacao-democracia>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade#\\_ftn5](http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade#_ftn5)>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Luiz Lenio. *Por que juízes devem decidir por princípio? Sciascia e a lição do "pequeno juiz"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-19/diario-classe-juizes-decidir-principio-sciascia-licao-pequeno-juiz>>. Acesso em: 15 Nov. 2016.

VILLAS-BOAS, Renata Malta. *Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura &artigo\\_id=11583](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=11583)>. Acesso em: 20 Out. 2015.