

EM DEFESA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E SUA INTERPRETAÇÃO PELAS CORTES SUPERIORES NO BRASIL NAS DEMANDAS DE RELAÇÕES PARENTO-FILIAIS.

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL *

O presente estudo tem por escopo investigar a natureza jurídica do *superior interesse da criança*, em especial quanto à sua *applicatio* nas demandas que envolvam relações parento-filiais, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Para tanto, busca-se a sua origem no *parens patriae* e traça-se um conciso histórico de sua inserção nos principais tratados de direitos humanos, como elemento fundante da Doutrina da Proteção Integral, analisando-se, ainda, o seu *status* a partir da ratificação da Convenção dos Direitos da Criança pelo Brasil. Examina-se, a seguir, a inclusão do superior interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da alteração dada pela Lei nº 12.010/09. De posse desses substratos histórico-sociais e legais, adentra-se na concepção de norma, examinando algumas das características dos princípios, de modo a classificar o referido *standard* como tal. Por derradeiro, é realizada uma breve pesquisa empírica do princípio do superior interesse da criança em recentes julgados de Cortes Superiores no Brasil acerca dos vínculos familiares de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Superior interesse. Criança e adolescente. Natureza jurídica. Relações familiares.

SUMÁRIO: 1. A criança como membro privilegiado da família e seus interesses sob a ótica da Constituição Federal de 1988; 2. Percurso histórico do superior interesse no direito internacional e brasileiro; 3. A previsão do princípio do superior interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente; 4. Breve incursão nas características dos princípios; 4.1. O reconhecimento do superior interesse da criança como princípio constitucional; 4.2. A aplicação do superior interesse da criança nas demandas familiares pelas Cortes superiores brasileiras; 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

* Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestranda pela UNESA. Professora do Curso de Pós-graduação de Direito Especial da Criança e do Adolescente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família e do Fórum Permanente de Direito de Família da EMERJ.

1. A criança como membro privilegiado da família e seus interesses sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

A sociedade brasileira, a partir da segunda metade do século XX, assiste a uma transformação sem igual na estrutura das famílias, mudança esta que afeta a sua concepção tradicional de forma inexorável, especialmente pela inclusão de novos sujeitos de direitos na seara doméstica. Com o advento de diplomas legais revolucionários (Estatuto da Mulher Casada, Lei do Divórcio e o Estatuto da Criança e do Adolescente), a família, centrada no matrimônio indissolúvel, de natureza patriarcal e hierarquizada, democratizou-se¹, pluralizou-se² e solidarizou-se³, com fundamento na igualdade e na dignidade de todos os seus membros, princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III c/c art. 5º c/ 227, § 6º). A novel família de feição eudemonista importa-se, na contemporaneidade, com os direitos e os interesses⁴ individuais de seus componentes.

O pluralismo da família significa a ampliação e a diversidade de sua formatação inclusiva que abrange a monoparentalidade, a união estável hetero

1 A democratização da família foi objeto de estudos por Giddens. Diz o autor que “numa democracia, todos são iguais em princípio, e com a igualdade de direitos e de responsabilidades vem - pelo menos em princípio - o respeito mútuo. O diálogo aberto é uma propriedade essencial da democracia. [...] Quando aplicamos esses princípios - como ideais - a relacionamentos, estamos falando de algo muito importante: a possível emergência do que chamarei de uma democracia das emoções na vida cotidiana. Uma democracia das emoções, ao que me parece, é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas. Isto se aplica aos relacionamentos entre pais e filhos tanto quanto a outras áreas. [...] Numa democracia das emoções, as crianças podem e devem ser capazes de responder”. GIDDENS, Anthony. Família. In: _____. *O mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 61-75.

2 BRAUMER reconhece que a família nuclear permanece dominante, mas já não há um único modelo ocidental de família, e a pluralidade enseja, paradoxalmente, o exercício de igualar e diferenciar os homens e as mulheres, levando em consideração as peculiaridades dos conflitos de família judicializados. Enfatiza que é necessário evitar a hierarquização dos modelos de família e que respeitar a diferença entre as formas de constituição de família é um desafio. BRAUMER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 438p. p. 258-260.

3 Conforme Lôbo, quando o comando constitucional se refere a “sociedade solidária” inclui a base da sociedade que é a família (art. 3º, I da CF/88). Compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros e a solidariedade em relação aos filhos no tocante à exigência da pessoa de ser cuidada, mantida, instruída e educada até atingir a sua plena formação social. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 6, 2008, Belo Horizonte. *Anais... Rio de Janeiro*: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, 490 p. p. 7.

4 “INTERESSE: Derivado do verbo latino *interesse* (importar, ser do interesse de, pertencer), substantivado é tido, na acepção jurídica, em conceito bem amplo. Quer, precipuamente, mostrar a *intimidade de relações* entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estas *poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas* [...]”. INTERESSE. In: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906. [itálico no original]

e homoafetiva, as relações recompostas, as entidades substitutas, a simultânea, a anaparental, dentre tantas outras. A prole advinda dessas novas configurações não mais, obrigatoriamente, possui pais biológicos. A sua identidade e historicidade familiar podem ser decorrentes de reprodução assistida heteróloga ou de maternidade por substituição (barriga de aluguel); decorrente de adoção póstuma anaparental ou da socioafetividade do padrasto/madrasta, sem vínculo registral. O liame de pertencimento é variável e pode abarcar uma infinidade de modelos de famílias, *locus* onde a criança formará a sua personalidade e o seu caráter.

Nesse momento impar de impactos (bons e ruins) sobre a família, a procura pela realização dos interesses de todos os seus membros, por vezes, enseja conflitos que precisam ser equacionados, sob risco de enfraquecimento e deteriorização da base da sociedade – a família. Reconhecida como o lugar privilegiado do afeto e do respeito, indispensável para o desenvolvimento físico, psíquico e moral do ser humano, a família deve ser orientada, preservada e ter proteção especial em seu grau máximo. O direito de família e o direito infante-juvenil nunca estiveram tão próximos e entrelaçados para fornecerem respostas aos múltiplos dilemas factuais inerentes ao processo de mutação que a família vem experimentando. Sobre estes direitos pairam as normas inscritas na Lei Maior que devem adubar e orientar a sua interpretação.

Com efeito, a proteção da entidade familiar passou a ter especial atenção pelo Poder Público (art. 226, *caput* da CF/88) e, **a cada um dos que a integra** foi assegurada a assistência estatal através de mecanismos que coíbam a violência doméstica e garantam a segurança de seus direitos (art. 226, § 8º) e principalmente, a dignidade esculpida no art. 1º, III.

Seguindo os ares de proteção estatal dos núcleos familiares e diante do princípio da dignidade e isonomia dos direitos dos filhos (art. 227, §6º), **todas as crianças e os adolescentes** receberam, a partir da Constituição Federal de 1988, o **status de sujeitos de direitos** (art. 227, *caput*). A eles foram destinados direitos da personalidade, fundamentais e pessoais indispensáveis para a sua formação. O poder familiar exercido pelos genitores, por evidente, passou a ser exercido para o bem dos filhos e não mais cingido aos interesses daqueles.

O legislador constitucional, então, ciente da incapacidade de crianças e adolescentes de autoconcretização de seus direitos (desaguando em desigualdades se não houver a cooperação de todos), concedeu tratamento privilegiado aos seus interesses. Não sem razão, o art. 227 da Carta Magna pronuncia a Doutrina da Prioridade Absoluta dos direitos infantojuvenis, de modo que os interesses destes cidadãos sejam considerados prevalentes aos demais. O direito infantojuvenil, portanto, possui natureza dual (social e individual), preferente e indisponível, respeitado e efetivado pela família, mas, igualmente, pela sociedade e pelo Poder Público. O “menor”, antes tratado como objeto ou bem pela sociedade, Estado e família, transformou-se em criança-cidadã, cujos direitos interessam a todos.

Depreende-se daí a corresponsabilidade da sociedade como um todo, da família, qualquer que seja a sua estruturação e origem, e, ainda, do Poder Público, em todos os seus níveis, objetivando assegurar os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem. De igual forma, as entidades não governamentais se ombreiam nesse intento mediante programas de assistência integral aos direitos infantojuvenis, em auxílio ao Poder Público, conforme permissão constitucional expressa constante do § 1.º do art. 227 da CF.

A lei não deve privilegiar ou prejudicar ninguém, mas sim regular a vida social tratando equitativamente todos os cidadãos, conforme reza o conteúdo político-ideológico do princípio da isonomia⁵. O tratamento diferenciado concedido ao direito da criança e do adolescente encontra seu fundamento no reconhecimento de que, inequivocamente, aquelas pessoas humanas estão em peculiar condição de processo de desenvolvimento. No entender de Kelsen⁶, a igualdade dos sujeitos não significa que devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e nas leis baseadas na Constituição, pois seria inconcebível impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou conferir os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como no caso das crianças e adolescentes.

A peculiaridade dessa parcela da população, pois, deve ser levada em consideração, na medida em que constitui, consoante retratado por Monaco⁷, um “grupo socialmente diferenciado e que se encontra em uma posição de menos valia” para o qual devem ser desenvolvidas garantias para uma progressiva concretização de “uma correta equalização quando em comparação com os adultos, grupo social do qual as crianças tendem a fazer parte integrante, num futuro mais ou menos próximo”. Com relação à equação entre a igualdade e os interesses de toda criança e adolescente, a posição de Scaff⁸ é assaz pertinente:

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 21ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012, p.10. Aponta o autor como critérios para o reconhecimento das diferenciações: Investigar aquilo que é adotado como critério discriminatório; verificar se há justificativa racional e lógica para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade e analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. *Op. cit.*, p.21-22.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed., 2ª tiragem, Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.99.

7 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 148.

8 SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010. p. 575 [itálico no original]

Tais dispositivos estão afinados com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de modo a evitar tratamentos discriminatórios em situações de igualdade substancial, caracterizadas em relação a todos os que possuírem menos de 18 anos, na hipótese em que o *discriminem* estiver fundado exclusivamente na idade. A extensão do princípio do melhor interesse a toda criança e adolescente, outrossim, resulta de uma mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus membros, que privilegia a criança como sujeito, com repercussões inclusive sobre o poder familiar. Tal poder, dentro da nova família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, vislumbrando-se uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder, para os interesses de seus destinatários.

Destarte, no mesmo passo em que todas as crianças e adolescentes passaram a titularizar direitos fundamentais da pessoa humana, obtiveram, também, o privilégio de gozar de direitos prioritariamente protegidos, por serem detentores de interesses diferenciados que precisam ser necessariamente observados no caso concreto, para que a igualdade seja respeitada em favor da parte mais vulnerável (a criança e o adolescente). O regime especial de proteção erguido em prol dos interesses desta população foi observado por Machado⁹ nos seguintes termos:

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção de homo médio. É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade: porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.

Como membros da célula *mater* da sociedade, as crianças e os adolescentes, devem receber garantias especiais e prioritárias por parte do Estado que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas, mentais, morais, espirituais e sociais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades, garantindo respeito aos seus interesses.

Oportuno ressaltar que a incapacidade decorrente da idade não implica em restrição à autonomia, à liberdade e à participação da criança, como ser humano dotado de dignidade. O interesse da criança, no entanto, não

9 MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Baurer: Manole, 2003, p. 119.

corresponde necessariamente àquilo que a criança deseja (mas é inegável que tal opinião deve ser devidamente considerada), pois dependerá do grau de maturidade em que crianças e adolescentes se encontrem. Como adverte Gonçalves¹⁰, há “nítida distinção entre a liberdade e a autonomia, de um lado, e a prevalência da voluntariedade infantil, de outro”, [...] “as garantias de liberdade e de autonomia devem ser entendidas como instrumentos para permitir a participação da criança nos processos de decisão, que envolvam sua própria vida, no pressuposto de que dar voz à criança é condição para sua visibilidade e sua afirmação singular no mundo plural”. E conclui:

Nesse contexto, em que se reconhece a liberdade e a autonomia como valores relevantes para a formação infantojuvenil, de rigor incluir a participação da criança e do adolescente no processo de definição de seu melhor interesse, a fim de definitivamente ultrapassar a concepção da criança como objeto de proteção e dar efetividade à sua posição de pessoa, com *status* de valor central do ordenamento.

2. Percurso histórico do superior interesse no direito internacional e no direito brasileiro.

A origem do melhor interesse é encontrada no instituto do *parens patriae*¹¹, utilizado na Inglaterra, como uma prerrogativa do Rei e da Coroa, com intuito protetivo em prol do incapaz, notadamente relacionada à guarda de sua pessoa e administração de seus bens. Para Griffith¹², o *parens patriae* é conceituado como “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica”. As Cortes de

10 GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revistas Jurídicas LEX*. n. 56 - Mar/Abr 2012, p. 22 e 24.

11 *Parens Patriae*: “A doctrine that grants the inherent power and authority of the state to protect persons who are legally unable to act on their own behalf. Legal term that defines the State’s legal role as the guardian to protect the interests of children who cannot take care of themselves. For example, in an abuse or neglect case, this concept is used to explain the State’s duty to protect minor children who lack proper care and custody from their parents”. Disponível em: <<http://glossary.adoption.com/parens-patriae.html>> Acesso em: 15 nov. 2012.

12 GRIFFITH, Daniel B. *The best interests standards: a comparison of the state’s parens patriae authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients*. In: *Issues in Law & Medicine*, v. 7, n. 3, 1991. Indica o autor, ainda, as principais hipóteses de aplicação do *standard* do melhor interesse da criança: “The “best interests of the child” standard is the guiding legal standard for child custody disputes and decisions on termination of parental rights. The typical situation in which it is used is in child custody decisions where a judge is called upon to decide in which parent’s custody the child’s welfare and interests are best served. It is also the leading standard used for a judge’s decision whether to terminate parents’ rights to the care and custody of their children upon clear and convincing evidence of abuse or neglect.(1) Further, some form of the best interests standard is seen in such diverse areas as guardianship of children,(2) guardian ad litem for estate planning,(3) durable power of attorney for health care decisions and living wills,(4) sterilization,(5) surnames,(6) abortion,(7) and medical treatment of newborns with disabilities.(8).” *Op. cit.* p.283-284 [g.n.]

Chancelaria, atuando como “guardiães supremos”, no dizer do autor, assumiam o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses”.

O *parens patriae*, conforme ensinado por Griffith, foi inicialmente utilizado no caso *Finlay v. Finlay*, no qual ficou ressalvado que o bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais. Os casos *Rex v. Delaval* e *Blissets*, de 1763, no direito costumeiro Inglês, são apontados como os precedentes que consideraram a prioridade do interesse da criança. Como princípio, entretanto, tornou-se efetivo na Inglaterra em 1836.

A introdução do princípio do *best interest* ocorreu nos Estados Unidos, no ano de 1813, no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, em disputa de guarda de filho em ação de divórcio na qual o cônjuge-virago era apontado como culpada por adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança. Nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está relacionado à competência judicial quanto ao *parens patriae*¹³, uma vez que o Estado possui a função de guardião dos legalmente incapazes, antes conferida ao rei. O princípio do *parens patriae* é particularmente relacionado ao exercício da guarda e possui a supervisão da Suprema Corte para exercer o múnus no melhor interesse dos pupilos.

A partir do século XX, descortina-se uma nova era para os direitos das crianças, com as precursoras convenções acerca da idade mínima para o trabalho (1919) e de supressão do tráfico de crianças de 1921.¹⁴ A Declaração de Genebra de 1924, conhecida como Carta da Liga sobre a Criança, é indicada como o documento pioneiro neste alvorecer dos direitos infantis.¹⁵ Apesar de

13 Liberati afirma que o princípio do melhor interesse nasceu na ideia de que o Estado pode exercer sua autoridade sobre a criança que pratica ou mantém comportamento contra a lei, na ausência ou incapacidade dos pais de proverem sua assistência. E mais, que a filosofia do *parens patriae* adotada no sistema judicial juvenil nos EUA consiste na exclusão do poder familiar dos pais quando a criança apresenta conduta contrária à lei. LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 411.

14 BUEREN, Geraldine Van. *International documents on children*. 2. ed. USA, MA: Kluwer Law International, 1998, p. XV.

15 Sua precursoriedade se justifica pela menção de “direitos da criança”. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *Internacional human rights in context: law, politics, morals*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000, p. 512, apud PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.281. Destacando a importância deste documento, Pereira afirma que: “Já em 1924 a Declaração de Genebra determinava “a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”. (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar,

sua tímida redação, a Declaração estabeleceu à criança (notadamente às órfãs de guerra) os meios para seu desenvolvimento material, moral e espiritual; ajuda especial em situações de fome, doença, incapacitação ou orfandade; prioridade no atendimento em situações difíceis; imunidade contra exploração econômica; e educação em um ambiente que inspire um sentido de responsabilidade social. Em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos Humanos¹⁶ e, em seu artigo 25, fez menção direta à criança como “detentora do direito a cuidados e assistência especiais.”

A proteção integral e o superior interesse da criança passaram a ser preconizados expressamente, todavia, na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Estruturada através de vários princípios, o referido documento estabelece o direito da criança à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social, no Princípio II. Eis a redação, conforme tradução dada pela UNICEF:

A criança gozará de **proteção especial** e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, **a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.**

O princípio VII da referida Declaração Universal, ainda, estabelece que: “O **interesse superior da criança** deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.”

Observa-se, por conseguinte, que enquanto a Declaração de Genebra tinha por eixo norteador a proteção pelos Estados da criança-objeto, a Declaração dos Direitos da Criança alçou a criança à qualidade de sujeito de direitos e passou a aplicar o **princípio do superior interesse.**

2008, p.87). Por sua vez, Dolinger rememora que a redação desta Declaração foi promulgada pela entidade não governamental *Save the Children International Union* e aprovada em 1924 pela Assembleia das Nações Unidas. O documento denota a preocupação de serem atendidas as necessidades das crianças no pós-1ª guerra mundial. (DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.82). O preâmbulo desta Declaração proclama: “By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as “Declaration of Geneva,” men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed”. [g.n.]

16 Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

Apesar da acentuada influência destes pactos sobre o direito interno brasileiro, deve-se advertir que as Declarações internacionais não vinculam ou obrigam os Estados à inclusão na legislação de seus respectivos diplomas específicos. Impende ressaltar, por oportuno, que, inspirado naqueles textos internacionais, o Código de Menores Brasileiro, de 1979, preceituou em seu art. 5º a então denominada “regra de ouro” que afirmava: “Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Na vigência deste Código de Menores, entretanto, a aplicação do superior interesse limitava-se aos denominados “menores em situação irregular”, doutrina esta que então vigorava.¹⁷

Com a incorporação da Doutrina da Proteção Integral pelo art. 227¹⁸ da Constituição Federal de 1988, os interesses infantojuvenis ganharam amplitude, aplicando-se a **todo público infantojuvenil**, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar, palco onde os interesses da criança são constantemente desvalorizados.

Com relação à referida Doutrina, Vercelone¹⁹ preconiza que:

[...] crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos; eles têm, inclusive, mais direitos que os outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos depois indicados nos títulos sucessivos da primeira parte; e estes direitos específicos são exatamente aqueles que têm que lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, tornar-se cidadãos adultos livres e dignos.

O superior interesse da criança, no entanto, não está previsto de modo expreso no texto constitucional, mas é pilar da doutrina consagrada no referido art. 227. Com a ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional dos Direitos da Criança²⁰, enfim, a superioridade dos direitos infantojuvenis foi incorporada

17 Vigoraram no Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, duas leis menoristas: Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (Código de Mello Mattos) e a Lei nº 6.697/1997 (Código de Menores), esta última abraçando a Doutrina da situação irregular. Antes, entretanto, no Brasil, a Doutrina Penal do menor era a resposta à delinquência juvenil através de leis de adultos (Códigos Penais de 1830 e 1890). Por evidente, o interesse dos então denominados “menores” era totalmente desconsiderado.

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

19 VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. Munir Cury (Coord.). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

20 A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução nº 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989, subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto nº 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo nº 99.710 de 21.11.1990.

expressamente no ordenamento brasileiro. O art. 3.1 da referida Convenção, conforme tradução que consta do Decreto Executivo nº 99.710, estabelece que:

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.**

E mais, o interesse da criança deve incidir em todas as áreas de seus direitos, na seara familiar notadamente. O art. 9º da referida Convenção Internacional, ao versar sobre a guarda de filhos menores, assegura que:

1- Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao **interesse maior da criança**. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, se a criança sofre maus tratos ou descuido por parte dos pais, ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...]. 3- Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao **interesse maior da criança**. [...] [g.n.]

A tradução brasileira adotada para a Convenção qualifica o interesse da criança quantitativamente – **maior** – enquanto que o texto original utiliza o caráter qualitativo do interesse – **melhor/superior**²¹. A doutrina brasileira se divide, expressando em sua maioria a preferência pelo **melhor interesse da criança** ou utilizando o seu sinônimo: **superior**.²²

21 As versões nas três línguas oficiais da Convenção - espanhol, francês e inglês - enfatizam o caráter qualitativo do interesse da criança – *el interés superior; l'intérêt supérieur; the best interests*. O conceito de superior interesse aponta com mais precisão a orientação interpretativa para o texto mencionado. Cabe transcrever a tradução livre elaborada por Flavia Piovesan: "Artigo 3º - 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança". PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 578.

22 "MELHOR: Derivado do latim *melior*, superlativo de *bonus* (bom), no sentido jurídico é o adjetivo tomado na mesmo significação vulgar: é o que vale mais, tem maior força, que se mostra mais evidente ou tem qualidade mais próxima do ideal. Indica, pois, o grau de superioridade de uma coisa em comparação a outra". MELHOR. In: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906. [itálico no original]

A opção de Lauria²³ pela expressão “melhor interesse” está posta na própria essência da criança e no fato de que a qualidade rejeita a discussão do problema sob uma ótica utilitarista:

A infância e adolescência merecem prioridade por seu caráter único (situação especial como pessoa em desenvolvimento) e pela natureza transitória, com possibilidade de sequelas irreparáveis (o que é irreparável deve ser evitado). Essas as razões pelas quais se prefere a expressão “melhor interesse da criança.”

Destarte, a Convenção em apreço, considerada o mais amplo tratado de direitos humanos, de modo explícito, afirma que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, antes e depois do nascimento e que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. Impõe aos pais, a cada indivíduo, às organizações voluntárias, às autoridades locais e aos governos que reconheçam os direitos e liberdades lá enunciados, empenhando-se pela sua observância.

Esta Convenção, assim sendo, transformou o modo como a criança era vista e tratada em todas as partes do mundo, exercendo influência ampla e profunda em legislações nacionais e internacionais, em políticas e programas, em instituições públicas e privadas, nas famílias, nas comunidades e nos indivíduos. Quatro são os princípios básicos que decorrem deste texto universal: 1) Não discriminação ou universalidade (artigo 2); 2) Prioridade para o melhor interesse da criança (artigo 3); 3) Direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6) e 4) Respeito pelas opiniões da criança (artigo 12).²⁴

O superior interesse, então, constitui-se **princípio** que tem por objetivo a solução de conflitos de interesses entre uma criança e outras pessoas, de maneira especial entre os pais e outros familiares: Segundo O'Donnell²⁵

O artigo 3º da Convenção consagra o princípio de que “o interesse superior da criança” será “uma consideração primordial” em todas as

23 LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.32.

24 Conforme texto da UNICEF divulgado por ocasião das comemorações dos 20 anos da Convenção: “O princípio de “melhor interesse” exige que governos ou outros interessados reconsiderem o impacto causado sobre a criança por qualquer de suas ações. Esse princípio mostrou ter influência vital sobre legislações, estratégias, políticas e programas elaborados em apoio aos direitos da criança. Foi utilizado de maneira específica em julgamentos legais e por instituições civis de assistência social em situações que exigiam equilíbrio entre demandas concorrentes – por exemplo, em casos de divórcio ou quando a custódia da criança estava em jogo.” Disponível em: <http://www.unicef.pt/18/sowc_20anoscdc.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

25 O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os Direitos da Criança: Estrutura e Conteúdo*, Infância: Boletim del IIN, n° 230. Tomo 63, Julio. Montevideo. 1990, p. 9.

medidas que lhe afetem. [...] Essencialmente, o conceito significa que, quando surgem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança prevalecem sobre os de outras pessoas ou instituições. Interpretado dessa forma, este princípio favorece a proteção dos direitos da criança, e o lugar central que deve ocupar na Convenção constitui, em nossa opinião, uma valiosa contribuição à ideologia dos direitos da criança.

Sendo assim, restou manifesta “a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”²⁶.

A assistência da criança pelo Estado foi **sedimentada, igualmente, através da Convenção Americana de Direitos Humanos**²⁷, notadamente estampada no art. 19 que prevê que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. E mais, a ratificação destes tratados pressupõe a assunção pelos signatários daqueles compromissos, o de garantirem os direitos referidos naqueles, podendo ser autoexequíveis ou, darem ocasião à sua materialização por meio de medidas e criação de instrumentos.²⁸

Observa-se, então, que o interesse da criança passou a nortear não somente as leis, mas todas as ações realizadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos. Sofrem estes órgãos, inclusive, fiscalização e controle pelo Comitê sobre os Direitos da Criança que monitora o respeito aos ditames daqueles tratados, mediante o exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes.

As convenções, diferentemente das declarações, possuem força vinculativa e obrigatória e demandam seu acolhimento legislativo. Esses documentos contêm as diretrizes, valores e paradigmas internacionais que albergam o poder de nortear corretamente, no direito de cada país, as ações da sociedade, do governo e do Estado. Através da Convenção dos Direitos da Criança buscou-se equacionar o problema jurídico da necessidade de obrigar os Estados

26 AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p. p. 11-19.

27 Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 25.09.1992.

28 SAIAS, Marco Alexandre. A Convenção sobre os direitos da criança. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 797. Conforme o autor o princípio do melhor interesse da criança orienta todos os demais princípios da Convenção e que estes representam os maiores valores da humanidade. *Op. cit.* p. 845.

aderentes a criarem, no plano interno, com respaldo em suas diretrizes, a legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente.

E mais. No descrever de Piovesan²⁹, o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, completa o rol de direitos fundamentais:

Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade” densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como *clausula constitucional aberta*.

Destarte, ratificados os tratados e as convenções internacionais³⁰, os Estados partes assumem obrigações a eles relativas, respeitando-os através da abstenção da prática de ações que avancem em sentido contrário a estes direitos; a obrigação de agir mediante a implementação de todas as medidas cabíveis para a proteção dos mesmos e, ainda, garantir o exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição. O princípio do melhor interesse, portanto, consta expresso na Convenção antes mencionada, sendo forçoso concluir que está inserido e integrado ao direito positivo brasileiro, originário de norma internacional, com *status* interno de lei federal, vinculando os operadores do direito à sua observância.³¹

No tocante à aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, assegurada pelo art. 5º, § 1º da Constituição, Piovesan doutrina que, por terem os tratados internacionais de direitos humanos como objeto justamente a definição de direitos e garantias, tais normas merecem aplicação imediata. Em resumo, é possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de

29 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.111.

30 O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal reza que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

31 Na jurisprudência, cabe transcrever a seguinte Ementa: “O BRASIL, AO RATIFICAR A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ATRAVÉS DO DECRETO 99.710/90, IMPÔS, ENTRE NÓS, O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESPALDADO POR PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. O que faz com que se respeite no caso concreto a guarda de uma criança de 03 anos de idade, que desde o nascimento sempre esteve na companhia do pai e da avó paterna. Não é conveniente, enquanto não definida a guarda na ação principal que haja o deslocamento da criança para a companhia da mãe que, inclusive, é portadora de transtorno bipolar. Agravo provido. (TJRS – Agravo de Instrumento nº 70000640888 – Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira – j. 06/04/00)”.

edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.³² Portanto, mesmo sem estar explicitamente previsto na Lei maior, o dispositivo do melhor interesse da criança, expresso na respectiva Convenção, tem força de norma fundamental interna.

3. A previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente

Vigora no Brasil, desde 1990, a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente – microssistema garantidor dos direitos especiais de proteção infanto-juvenis, gerados na Constituição Federal de 1988. Trata-se de um sistema aberto de regras e princípios que consubstanciam a Doutrina da Proteção Integral (art. 1º). O novo direito especial erigiu o seu destinatário final – crianças e adolescentes - a sujeitos de direitos, considerando-os como pessoas em processo de desenvolvimento físico, emocional, psicológico e moral e preocupando-se com a prevenção da violação de seus direitos. Sai de cena o direito tutelar cujo objeto era o “menor” e passa-se ao direito protetor responsabilizador³³ de crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, cuja definição consta do art. 2º do ECA. Sobre a nova doutrina adotada pelo legislador constituinte no art. 227 da CF/88 e no art. 4º do ECA, preleciona Cury³⁴ que:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

32 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional ...*, p.145. Comungando deste mesmo entendimento: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v.46, n.182, jul./dez., 1993, p. 30-31 e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v.2, p.396.

33 As expressões direito tutelar e direito protetor responsabilizador são de Josiane Veronese. VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003, 353p. p. 33-34.

34 CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

Ressalva-se, por oportuno, que o melhor/superior interesse da criança, entretanto, não foi expresso na redação inicial do ECA, como princípio. Todavia, Tepedino³⁵ distingue a consagração do mesmo no art. 6º daquele diploma legal quando privilegia a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, na atividade interpretativa. Nas palavras do doutrinador:

Justifica-se assim, os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da parentalidade responsável e da doutrina da proteção integral, com o escopo de garantir os interesses das pessoas menores de idade, com vistas ao seu crescimento biopsicamente saudável e à paulatina aquisição de autonomia para agir, por si mesmo, com responsabilidade.

Barbosa³⁶ reforça que o critério hermenêutico sintetizado na fórmula do melhor interesse da criança adquiriu, no Brasil, conteúdo normativo específico, na cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da CF/88 e determinada no art. 6º da Lei nº 8.069/90.

Não obstante o silêncio inicial do ECA, com o advento da Lei nº 12.010/09, primeira grande modificação desta lei, o **interesse infantojuvenil passou a ser qualificado como superior e expressamente reconhecido como princípio em uma lei infraconstitucional**. Eis a redação deste princípio no rol constante no parágrafo único do art. 100:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. **São também princípios que regem a aplicação das medidas:** (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) [...] IV - **interesse superior da criança e do adolescente:** a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) [...]

A enumeração principiológica do referido dispositivo, por força de sua localização no bojo estatutário, está, em tese, vinculado à aplicação das medidas de proteção. Tal assertiva, no entanto, não se sustenta, vez que a inclusão expressa do **interesse superior** da criança e do adolescente como princípio para o fim protetivo decorre da Doutrina da Proteção Integral que, por seu turno, está consubstanciada na norma constitucional

35 TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: Projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 866.

36 BARBOSA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 205-206.

do art. 227. Ademais, este princípio passou a ser critério interpretativo em situações específicas da lei estatutária: na reavaliação da medida de acolhimento institucional e nas adoções internacionais. Vale conferir os dispositivos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, **salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.** [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] [g.n.]

Art. 52-C. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida, a decisão da autoridade competente do país de origem da criança ou do adolescente será conhecida pela Autoridade Central Estadual que tiver processado o pedido de habilitação dos pais adotivos, que comunicará o fato à Autoridade Central Federal e determinará as providências necessárias à expedição do Certificado de Naturalização Provisório. [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] § 1º A Autoridade Central Estadual, ouvido o Ministério Público, somente deixará de reconhecer os efeitos daquela decisão se restar demonstrado que a adoção é manifestamente contrária à ordem pública **ou não atende ao interesse superior da criança ou do adolescente.** [Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009] [g.n.]

Por sua abrangência e importância, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elevado a arcabouço legal de vários direitos infantis e, neste sentido, passou a constar como principal norma de regência dos direitos filiais nas relações de família.³⁷ Não que o Código Civil de 2002 tenha sido omissivo acerca das

37 Mister consignar no rol de leis especiais familiaristas: Lei de Alimentos (Lei n. 5478/68), Lei de Investigação de Paternidade (Lei nº 8.560/92); União Estável (Leis nº 8.971/94 e 9.278/96); Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006); Separação e Divórcio administrativos (Lei nº 11.441/2007); Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008); Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/2008); Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/10); Direito de visita pelos avós (Lei nº 12.398/2012); Alimentos provisionais contra agressor (Lei nº 12.451/2011). Em nenhuma delas há menção expressa ao superior interesse da criança.

normas de interpretação em prol da infância, mas inegavelmente permanece conservador ao não imprimir expressamente a diretriz do superior interesse. As normas constantes do livro de Direito de família mencionam o interesse do filho genericamente e sempre relacionado ao interesse dos pais ou do casal.³⁸

A doutrina especializada, de igual forma, se debruçou acerca do paradigma do superior interesse da criança e é unânime em classificá-la como **princípio**³⁹. Gama⁴⁰, inclusive, o compreende como sendo um importante modificador das relações intrafamiliares:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Diante desse panorama, cumpre distinguir o papel e as peculiaridades dos princípios, notadamente do superior interesse, para a efetivação das regras que orientam as relações paterno-filiais.

38 Como exemplo, citam-se alguns dispositivos: “Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”. [g.n.]

39 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 126-140. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008. Tânia Pereira identifica o melhor interesse da criança como uma norma cogente não somente por força da ratificação da Convenção, mas porque se trata de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária de aplicação da norma. PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança*. um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25. Barboza, por sua, afirma que a doutrina da proteção integral não somente “ratificou o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.” BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*. um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115.

40 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família...*, p. 80.

4. Breve incursão nas características dos princípios.

Segundo Bobbio⁴¹, os princípios “são normas como todas as outras”; “as normas mais gerais” do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis. A doutrina acerca da natureza normativa dos princípios tem em Dworkin um de seus principais nomes. Este doutrinador assevera que o “princípio é norma e tem um alvo certo: combater a *discricionariedade* [...] Quando não existe regra a disciplinar o caso, há, invariavelmente, princípio e, calha ressaltar mais uma vez, princípio é norma daí porque vincula, conforme, obriga.”⁴² A partir de Alexy, em sua teoria distintiva entre princípios e regras, foram demarcados os conceitos dos princípios como normas, assim como enfrentada a questão da colisão de princípios e do conflito de regras. Portanto, princípios e regras desfrutam do mesmo *status*: são normas jurídicas. Diante da limitação do presente estudo, a breve análise sobre as características dos princípios será detida na potencialidade que os mesmos oferecem para a atuação do intérprete.

O ponto central da distinção entre princípios e regras, no estudo de Alexy⁴³, reside no critério gradualista-qualitativo pelo qual os princípios são considerados normas de um grau de generalidade relativamente mais alto e as regras são normas de generalidade relativamente baixa. Princípios, em Alexy, sob o critério estrutural são “normas de otimização”, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridos em distinto grau e onde a medida imposta de execução depende das possibilidades jurídicas e fáticas. Já as regras são “mandados de definição”. Para Alexy, os princípios, como mandados de otimização, funcionam como cláusulas de abertura para o julgador.

No estudo de Ávila⁴⁴ foram analisados quatro critérios distintivos entre regras e princípios: a) caráter hipotético-condicional (princípios apenas indicam os fundamentos a ser utilizado pelo aplicador para depois encontrar a regra para o caso concreto); b) modo final de aplicação (os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos); c) relacionamento normativo (o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento a ser solucionado pela ponderação, que atribua dimensão de peso a cada um deles)

41 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006), p. 158.

42 OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio. In: *JurisPoesis: Revista do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 13, n. 13, jan - dez. 2010, p. 203. [itálico no original]

43 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87-91.

44 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p.42-43.

e, por fim, d) o critério do fundamento axiológico (princípios são fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada).

Canotilho⁴⁵, considerando particularmente complexa a distinção entre princípios e regras, diz que: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “fáticos” e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem “exigência de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. E enumera vários critérios quanto aos graus de distinção entre as normas:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação no caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da ideia de Direito*: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de Direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) *Natureza normogenética dos princípios*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

As regras descrevem condutas, enquanto que os princípios são valorativos ou finalísticos, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados, mas conteúdo amplo, como explica Pereira R.⁴⁶:

A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser “prima facie”. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo

45 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1060-1061 e 1144-1145.

46 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.129. [italico no original]

preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto.

A apresentação ou forma indefinida dos princípios, entretanto, não o afasta de seu caráter normogenético⁴⁷. A vaguidade da qual são dotados os princípios, de acordo com Rothenburg⁴⁸, significaria uma enunciação larga e aberta capaz de hospedar as grandes linhas que devem orientar todo o ordenamento jurídico, tendo, portanto, grau satisfatório de concretização através das aplicações às situações de fato. Textualmente afirma o autor que:

Desconsiderar que os princípios já carregam um certo e suficiente significado, e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestigiar sua funcionalidade em termos de vinculação (obrigatoriedade), continuando-se a emprestar-lhe uma feição [meramente diretiva, de sugestão - o que não se compadece, absolutamente, com a franca natureza normativa que se lhes deve reconhecer [...]] Portanto, inclusive quando os princípios não estejam retomados e desenvolvidos por preceitos mais precisos e específicos, é possível - embora de difícil operacionalidade - deduzir e atender diretamente pretensões com fundamento exclusivo nesses princípios jurídicos.

São os princípios, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem os fins a serem promovidos e, por esta a razão, não há a enumeração exaustiva dos fatos que produzirão a consequência jurídica ou demandarão a concretude de outra norma. O elemento essencial dos princípios, portanto, para Ávila⁴⁹ é a indeterminação estrutural: elevado grau de generalidade material sem consequências específicas previamente determinadas.

Streck⁵⁰, por sua vez, assevera que a norma “representa o produto da interpretação de um texto, ou seja, de regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*.” Ensina o referido doutrinador que “é possível discutir os limites semânticos de uma regra ou de um preceito; *mas não de um princípio*. E por que não? Porque o princípio tem uma formatação diferida. *Podemos discutir a sua aplicação*, mas não o seu “domínio” sintático-semântico.”

47 Fábio de Oliveira afirma não ser acertado afirmar genericamente que o princípio é norma mais abstrata, fluida, vaga, indeterminada do que a regra, pois não leva em consideração à hipótese particular, a situação empírica, a contingência fática. OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Op. cit.* p.215/216.

48 ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, ano 29, n.29, 1996, p. 205-206. 199-238.

49 ÁVILA, Humberto. *Op.cit.* p. 136.

50 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 549 e 567. [itálico no original]

A diferença entre as normas - regras (preceitos) e princípios -, segundo Streck⁵¹, é que o princípio está contido na regra, atravessando-a, resgatando o mundo prático, pois este não pode ser dito no todo. O princípio, então, “desnuda a capa de sentido imposta pela regra”. É a “*enuniação do que está enunciado*”. Ensina, ainda, Streck⁵² que “a identificação da regra estaria relacionada a uma dimensão “imediatamente comportamental”, enquanto que a dimensão “finalística” permitiria a identificação de princípios. A metodológica, por sua vez, identificaria um ‘postulado’”.

No que tange à finalidade prospectiva desempenhada pelos princípios, Miranda⁵³ afirma que esses exercem uma função dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva de que são providos, diferentemente dos preceitos “por causa de suas amarras verbais.”.

Os princípios, na verdade, não se apresentam sempre indeterminados e genéricos, pois possuem em sua essência, certo e suficiente significado passível de concretização mediante a operação de aplicação de seu preceito nuclear às situações fáticas, dentro do respectivo contexto político e social. Em Canotilho⁵⁴, os princípios são determináveis em concreto:

Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*imprevisibilidade dos princípios*); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios.

Por outro lado, impende referir Díez-Picazo⁵⁵ acerca do risco do subjetivismo e da proliferação de decisões de acordo com as preferências pessoais do intérprete. Para afastar tal perigo a técnica de ponderação deve ajustar-se a três exigências. Em primeiro lugar, é sempre necessário levar a cabo uma cuidadosa análise das características do caso concreto, tanto em

51 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-149. [itálico no original]

52 STRECK, Lenio Luiz. Do panprincipiolismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 194, a. 49, Brasília, p. 7-21, abril/junho-2012, p. 12.

53 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t.2, p. 200.

54 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1183. [itálico no original]

55 DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48. Ana Paula de Barcellos divide a técnica da ponderação em três etapas: identificação dos enunciados normativos em tensão; identificação dos fatos relevantes e decisão. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92-146.

seus aspectos fáticos como em seus aspectos jurídicos. Em segundo lugar, uma vez verificado que não existe solução possível à margem da colisão, é necessário determinar qual dos valores é mais digno de proteção. Mais uma vez, para se evitar a tentação do subjetivismo, é necessário lembrar que não se trata de decidir qual dos valores em presença é mais digno de proteção em abstrato, mas sim no caso concreto. Em terceiro e último lugar, deve-se recordar que a técnica de ponderação não oferece respostas em termos de “sim” ou “não”, mas de “mais” ou “menos”.

Questão da mais alta relevância, que envolve a determinação do conceito de princípio, é estudada profundamente por Streck⁵⁶ no que tange ao denominado “panprincipiologismo”, denominação do autor para o fenômeno que avalia perigoso, pelo qual “na “ausência” de “leis apropriadas”, o intérprete acabaria por lançar mão de ampla principiologia. Destarte, o sentido dos limites do aplicador deve estar assentado na Constituição Federal e, portanto, os princípios não podem ser incompatíveis com o “programa-normativo-vinculante”. Não há como discordar da posição abalizada de Streck⁵⁷ de que existe uma deontologia dos princípios, “visto que são os princípios que instituem as bases para a normatividade do direito” e de que os princípios não devem mais ser tratados como cláusulas de abertura.

4.1. O reconhecimento do superior interesse da criança como princípio constitucional

Como antes referido, pressuposto norteador da doutrina da proteção integral, ao lado da prioridade absoluta, o interesse superior da criança foi recepcionado expressamente no texto constitucional como princípio, através de ratificação de Convenção Internacional dos Direitos da Criança pelo Brasil, em 1990.

O superior interesse da criança constitui, inegavelmente, a base e o pressuposto imperativo do sistema de garantias infantojuvenis. Sem este princípio, as regras constitucionais estabelecidas em prol dos direitos da criança e do adolescente não adentram o mundo prático.

56 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 538-539.

57 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 198. No mesmo sentido Alexy afirma que, como mandamentos, os princípios pertencem ao âmbito deontológico e os valores, por sua vez, ao nível axiológico: “Aquilo que, no modelo dos valores, é *prima facie* melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido.” *Op. cit.* p.146.

Com relação à sua classificação, utilizando-se do critério formulado por Barroso⁵⁸ acerca dos princípios constitucionais materiais, entende-se o princípio do superior interesse como um princípio setorial ou especial, ou seja, aquele que preside um específico conjunto de normas afetadas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. *In casu*, o princípio decorre do art. 227, inserto no capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso e, a esta temática, está vinculado.

No entanto, Streck⁵⁹ faz aguda crítica aos princípios por ele denominados “oportunistas”, dentro os quais o autor aponta o da absoluta prioridade dos interesses da criança e do adolescente, por entender que a primazia decorre dos preceitos constitucionais do art. 226, 227, 228, 229 e 230.

Entretanto, ousa-se divergir do ilustre doutrinador, concluindo-se que o superior interesse da criança possui efetivamente o DNA de princípio. A sua natureza principiológica encaixa-se adequadamente ao ensinamento de Reale⁶⁰ para quem princípios são “verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”. E ainda, diz o mestre que se denominam princípios também, “certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários.”

Exemplifica-se. Dentre os direitos fundamentais previstos no art. 227 da CF, a convivência familiar é aquele direito cujo conteúdo é alvo de interpretações mais acirradas em sede jurisprudencial. Se esta regra constitucional – convivência com os pais e familiares –, estivesse atrelada somente aos preceitos concernentes ao poder familiar, teria sua *applicatio* limitada à guarda, companhia, visitas.

A convivência familiar, no entanto, irradiada pelo princípio do superior interesse não se satisfaz com essas interpretações restritivas. Desnudada por aquele princípio, a **convivência com a família** significa, na realidade, para um ser humano em desenvolvimento, a **dimensão construtora da sua identidade**. Esse é o pressuposto necessário a ser perseguido no mundo prático: a **formatação de convivência deve se adequar aos interesses superiores de determinada criança (e não de seus pais) e possibilitar o pleno desenvolvimento moral, afetivo e psicológico como pessoa humana em processo de formação**.

58 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377.

59 STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 583.

60 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60.

Não fosse o superior interesse das crianças um princípio, a exegese da regra do texto constitucional (art. 227) levaria o aplicador à solução injusta de considerar prioritariamente e, quiçá, exclusivamente, o interesse dos titulares do poder familiar (pais). Essa norma constitucional, de tal modo, produziria sempre sentido único e objetivo, válido para todas as situações que se apresentassem. A concretude dos direitos fundamentais dos filhos dependeria, em última instância, da forma como o poder familiar dos pais é exercido, o que invalidaria a eficácia do princípio constitucional do superior interesse.

Como os princípios relacionados às relações parentais encontram substrato constitucional, eles formam cláusulas gerais deixadas pelo legislador para o preenchimento do aplicador do direito, conforma cada caso concreto. Explicando essa complementação das cláusulas gerais pelos princípios, Tartuce⁶¹ aponta para a denominada *eficácia horizontal mediata*, pois haveria uma *ponte infraconstitucional*. Exemplificando com o sistema solar, diz o autor que: “as cláusulas gerais funcionam como *placas solares no planeta Código Civil*, para a entrada dos *raios solares* – os princípios constitucionais –, nas relações privadas.”

Como ensina Barroso⁶², a eficácia dos princípios constitucionais, na acepção interpretativa, “consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”.

Destarte, deverão ser observadas as características do caso concreto, os princípios aplicáveis e os fins a serem produzidos, surgindo, então, o sentido da norma jurídica, de modo que a solução dada seja constitucionalmente adequada para o problema a ser solucionado.

Deve-se atentar, pois, para que a incidência do princípio ao mundo real dê-se de acordo com a Lei Maior, evitando-se o excesso de fluidez que enseja decisões voluntaristas do julgador. O superior interesse, assim, deve ser percebido, como todos os demais princípios, como cláusula de “fechamento hermenêutico”. “Eles condicionam o intérprete no sentido de obrigá-lo a decidir de modo a não comprometer o todo conjuntural da comunidade dos princípios constitucionais”, no dizer de Streck⁶³.

61 TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

62 BARROSO, Luis Roberto; Barcellos, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 368.

63 STRECK, Lenio Luiz. *Posfácio*.... p.187.

O provimento jurisdicional, portanto, que tenha por objetivo examinar os interesses infantojuvenis deve sempre respeitar e obter, de modo eficaz e efetivo, a proteção integral e prioritária dos direitos da criança ou do adolescente (art. 227 da CF c/c 1º e 100, parágrafo único, inciso II do ECA).⁶⁴

Conforme expõe Amin⁶⁵:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. **Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim, o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. [...] Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest* ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse.**

Em suma, na aplicação do superior interesse da criança deve o julgador obediência irrestrita à Constituição Federal, de modo a não ser levado a se inebriar pela discricionariedade excessiva.

Para Amaral e Silva⁶⁶ a orientação zetética balizada pelo art. 6º do ECA⁶⁷ deixa claro o cuidado em jungir a aplicação da lei estatutária às normas, aos princípios do direito ciência, no caso, da hermenêutica jurídica. Explica o doutrinador e redator do ECA acerca do superior interesse:

O dispositivo interpretado sistematicamente deixa claro que o melhor interesse constitui diretriz hermenêutica do novo modelo. É o que se extrai do contexto do Estatuto, principalmente de suas disposições preliminares. Bem

64 Art. 100, parágrafo único, inciso II: “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”.

65 AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p p. 34-35 [g.n]

66 AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude. In: ALTOE, Sônia (Org.). *Sujeito do direito, Sujeito do desejo*. Direito e psicanálise. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Revinter, 2010, 157p. p. 54-55. Sob a ótica zetética o questionamento está em posição fundamental, representando isto que qualquer premissa tida como certa pela dogmática pode ser reavaliada, alterada e até desconstituída.

67 “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

por isso, o artigo 1º explicitou dispor a lei sobre proteção integral. Portanto, suas normas não podem ser interpretadas em prejuízo dos destinatários dessa proteção, que é total, completa. Acrescenta o artigo 3º que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral.” O art. 4º, que todos devem garantir os direitos de crianças jovens com absoluta prioridade. O 5º, que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, crueldade ou opressão”. Ao se referir aos fins sociais, o Estatuto explicitou a opção pela exegese teleológica, ou seja, a da proteção integral, com prevalência do melhor interesse. Não mais um “melhor interesse subjetivamente estabelecido, o que poderia conduzir ao arbítrio, mas um superior interesse baseado em normas objetivas, finalísticas, voltadas à proteção integral.

O princípio do superior interesse possui, assim, a função limitante da interpretação, restringindo a discricionariedade judicial e possíveis arbitrariedades, de acordo com Farias⁶⁸: “A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos tornam o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos não amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.”

Nesse igual sentido, Pereira T.⁶⁹ alerta que a falta de clara definição dos princípios relacionados a direitos infantojuvenis, aliada a um eventual poder discricionário de amplas dimensões do Juiz (valores pessoais do julgador), pode gerar resultados injustos para as crianças.

É importante registrar, por oportuno, o aspecto psicológico que decorre da utilização do princípio do superior interesse da criança para conferir o balizamento sob a ótica do titular do direito infantojuvenil e não a partir da vontade e do ativismo judicial. Groeninga⁷⁰ adverte que a criança tem sido alvo de uma ‘adulthoodização’, sendo vista a partir do conhecimento e interesses dos adultos e menos a partir de seu referencial, o que a violenta em sua condição:

68 FARIAS, Edilson Pereira. Apud ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 44.

69 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 222-227.

70 GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar*. In: Associação dos Advogados de São Paulo: Revista do Advogado. n. 62, março/2001, p. 79.

De um lado, todo o movimento de valorização da criança, da busca de seu melhor interesse, levou ao que seria o privilégio do que se acredita ser a sua ótica. Como procura-se lidar com os aspectos objetivos do conflito no Judiciário, o que este tem de subjetivo acaba tendo representação, sendo colocado, projetado, nas crianças. A elas dirige-se, com mais facilidade, a empatia, o afeto, as preocupações. Mesmo o medo que naturalmente se tem das mudanças, muitas vezes, leva a usar a criança como escudo frente a estas. Facilmente a vulnerabilidade dos adultos é transferida para elas; esses acabam por invocar os direitos das crianças, escudando as próprias dificuldades, quando se veem impelidos a usar a lógica da força. Como os afetos não têm lugar na moldura legal, acabam por aparecer na preocupação com as crianças. Assim, por vezes, fala-se em nome da criança devido à dificuldade em falar em nome próprio.

Em outras palavras, sem a aplicação do princípio ora em análise, os dos adultos sobre as crianças⁷¹. Nesta mesma nota de prudente interpretação do princípio do melhor interesse da criança, ressalta Digiácomo⁷² que:

[...] não mais pode ser invocado de forma vazia, como quando da vigência das razões de sua proposital omissão da redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo sido a este expressamente incorporado apenas com o advento da Lei nº 12.010/2009, que também relacionou uma série de outros princípios, que precisam ser com aquele interpretados e aplicados, na perspectiva de evitar as distorções de outrora. Pela sistemática atual, portando, não basta ao magistrado invocar o princípio do melhor *individualmente analisado*, a partir de elementos idôneos trazidos aos autos [...].

Neste sentido, afirma Meirelles⁷³ que, o princípio do melhor interesse da criança não possui caráter subsidiário, devendo ocupar o núcleo das decisões relacionadas ao infante, até porque se trata de princípio constitucional, portador de imperatividade, sendo descabido considerá-lo somente um limite ou mero princípio geral interpretativo.

71 COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 150.

72 DIGIÁCOMO, Murilo José. *Quando o conhecimento jurídico não basta - a imprescindibilidade da intervenção técnica interdisciplinar nas causas que envolvem interesses de crianças e adolescentes*. Disponível em: http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/download/quando_conhecimento_juridico_n_basta_II.pdf Acesso em: 15 nov.2012. [itálico no original e negrito nosso]

73 MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.) *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

4.2. A aplicação do superior interesse da criança nas demandas familiares pelas Cortes superiores brasileiras

A *aplicatio* do princípio do superior interesse ocorre primordialmente quando ocorrem conflitos de ordem familiar, como nas demandas relacionadas à ruptura dos relacionamentos dos pais e ao exercício do poder familiar, notadamente a guarda e a companhia em momentos de tensão pós-traumática do rompimento. Mas não somente. Qualquer que seja o interesse em conflito com os interesses infantojuvenis, estes terão que ser observados de forma diferenciada. Em suma, por ter ingressado como princípio no ordenamento constitucional através da ratificação pelo Brasil da Declaração dos Direitos da Criança (aplicável a todas as crianças) e estar expressamente previsto em lei infraconstitucional específica – ECA – (lei aplicável a todas as crianças), o **princípio do melhor interesse estende-se, no direito brasileiro, a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, e não somente a aquelas que estejam em situação de risco familiar.**

Em pesquisa na qual foram analisados julgados do Supremo Tribunal Federal em cotejo com os direitos internacionais infantojuvenis, Monaco⁷⁴ constatou a parca aplicação expressa da Convenção dos Direitos da Criança e do adolescente pela excelsa Corte.

Nos dias atuais, é possível notar, ainda, que as Decisões, enunciadas pós-constituição e reforma do ECA, em recursos oriundos de ações relativas aos direitos infanto-juvenis fazem menção em suas fundamentações de forma indiscriminada à terminologia **maior e melhor** interesse da criança, como vetor interpretativo.

Propõe Ávila⁷⁵ diretrizes para a análise dos princípios, tendo em vista serem eles normas finalísticas. Ensina o doutrinador o seguinte caminho: a) a especificação dos fins ao máximo; b) pesquisa de casos paradigmáticos - especialmente nos Tribunais Superiores - que possam iniciar o processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização; c) exame das similaridades para a constituição de grupos de casos sobre o mesmo problema central; d) verificação de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e quais são

74 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL Jr., Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.) *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.446.

75 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 98-101.

os comportamentos necessários à sua realização; e) verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

Esclarece Ávila que, por vezes, o princípio em exame não foi mencionado expressamente, nem como fundamento. Mas, desveladas as hipóteses de aplicação típica do princípio, a pesquisa dar-se-á pelo estado de coisas e comportamentos havidos como necessários para a sua realização.

A partir das notas de Ávila acima apontadas, observa-se dos julgados coletados que, na maior parte, a tese central é o estabelecimento, proteção, desconstituição e manutenção de laços familiares entre pais e filhos. Nesta esteira, os Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: 1) Enunciado nº 101: “Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança” e 2) Enunciado nº 102: “Art. 1.584: a expressão “melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Para ilustrar a assertiva, exemplifica-se com as seguintes teses extraídas de pesquisa realizada a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça relativos às demandas parento-filiais: a ampliação da incidência da guarda peculiar⁷⁶; a prioridade dos vínculos socioafetivos do padrasto em adoção unilateral⁷⁷; o interesse processual do assistente em ação de busca e apreensão

76 RECURSO ESPECIAL - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ - CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado. [...] (RECURSO ESPECIAL Nº 1.186.086 - RO (2010/0049255-6) RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça 03 de fevereiro de 2011). [g.n.] Observa-se que o princípio do superior interesse teve por missão inspirar a aplicação da regra excepcional do §2º do art. 33 de maneira a incluir a situação fática da criança do caso concreto como hipótese de aplicação daquela espécie peculiar de guarda.

77 ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.207.185 - MG (2010/0149110-0) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 11 de outubro de 2011).

de criança⁷⁸; a manutenção do vínculo de paternidade em ação negatória⁷⁹; a preferência na adoção para a socioafetividade⁸⁰; a legitimidade do padrasto para destituir o pai biológico do poder familiar relativo ao enteado⁸¹; o estabelecimento de guarda compartilhada com alternância de residência⁸²; a disputa pela guarda de filhos entre genitores⁸³, dentre tantos outros.

O Tribunal Federal de Recursos, na linha de proteção aos interesses da criança, por sua vez, admitiu a **licença maternidade remunerada ao pai viúvo** com o fim de cuidar do filho recém-nascido.⁸⁴ Semelhante licença foi deferida

78 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AO PAÍS DE ORIGEM. IRMÃ DO MENOR QUE BUSCA INTERVIR NO PROCESSO COMO ASSISTENTE SIMPLES DO PAI. POSSIBILIDADE. INTERESSE JURÍDICO RECONHECIDO. **PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** 1. Constata-se o interesse jurídico que viabiliza o deferimento do pedido de assistência quando os resultados do processo sejam capazes de afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente. 2. O deferimento do pedido de assistência prescinde da existência de efetiva relação jurídica entre o assistente e o assistido, sendo suficiente a possibilidade de que alguns direitos daquele sejam atingidos pela decisão judicial a ser proferida no curso do processo. 3. Em determinadas situações, o interesse jurídico poderá vir acompanhado de alguma repercussão em outra esfera, como a afetiva, a moral ou a econômica e, nem por isso, essa circunstância terá necessariamente o condão de desnaturá-lo. **Exemplo disso é o que ocorre na hipótese específica, em que o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança é o que está a conferir carga eminentemente jurídica ao pedido de assistência deduzido pela menor, com vistas a lhe garantir um desenvolvimento emocional e afetivo sadio e completo.** 4. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.940 - RJ (2010/0117974-5) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 1º de março de 2011).

79 DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO[...] REsp 1098036/GO - RECURSO ESPECIAL 2008/0239670-2 Ministro SIDNEI BENETI - TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011.

80 RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - **PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] (REsp 1347228/SC - RECURSO ESPECIAL 2012/0096557-1 - Relator Ministro SIDNEI BENETI (1137) - Órgão julgador - T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 06/11/2012. Data da Publicação/Fonte: Dje 20/11/2012).**

81 REsp 1106637/SP - RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Órgão Julgador: T3- TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 01/06/2010. Data da Publicação/Fonte: Dje 01/07/2010. REVFOR vol. 409 p. 444. RIOBDF vol. 63 p. 43. RT vol. 902 p. 210.

82 REsp 1251000 / MG RECURSO ESPECIAL 2011/0084897-5 Ministra NANCY ANDRIGHI TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011.

83 REsp 964836/BA, Recurso Especial 2007/0151058-1, Relatora Ministra Nancy Andrighi - 3ª Turma do STJ, julgado em 02/04/2009.

84 Agravo de Instrumento nº 5009432-86.2012.404.0000, TRF, Terceira Turma, Relator: Fernando Quadros da Silva, julgado em 15/06/2012.

ao pai, em caso de abandono do filho pela mãe.⁸⁵ De igual modo, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho garantiu a licença paternidade remunerada ao pai solteiro para cuidar do filho adotivo⁸⁶. Da análise dos referidos julgados, apesar da não referência expressa ao princípio do superior interesse, verifica-se que o bem jurídico tutelado é a segurança e bem estar da criança recém-nascida e não a orientação sexual dos pais que, nos casos em tela, eram heterossexuais.

Por fim, cabe colacionar Decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na qual foi deferida a servidor público federal de Mato Grosso do Sul que mantém união homoafetiva a licença-maternidade integral (120 dias, prorrogáveis por mais 60 dias) em razão da obtenção da guarda judicial, conjunta com o companheiro, de uma criança de menos de um ano. A licença foi concedida com base no artigo 2º, parágrafo 1º, do Decreto nº 6.690/2008. A negativa, segundo o *Decisum* importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo.⁸⁷

5. Conclusão.

A família contemporânea, qualquer que seja a sua origem e formatação, deve ser alvo de especial proteção do Estado e ter seus interesses respeitados. Apesar da independência e da autonomia de seus membros, a família brasileira sofre com o intenso ciclo de transformações de sua estrutura e tais mazelas são trazidas ao Poder Judiciário para solução.

No momento de crise fica evidente o choque entre o direito da entidade familiar à privacidade doméstica e o direito à proteção aos filhos que a Constituição Federal garante com prioridade absoluta mediante a consagração da Doutrina da Proteção Integral (art. 227). Quanto maior a vulnerabilidade

85 Processo nº 0006090-88.2012.4.03.6303, Juizado Especial Federal da 3ª Região, 5ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, Decisão liminar de 15/08/2012, prolator Juiz Federal: Rafael Andrade de Margalho, Autor: M.A.M.M.; Réu: INSS.

86 Conselho Superior da Justiça do Trabalho de nº CSJT-150/2008-895-15-0.0, em que é Remetente o TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, Recorrente PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª. PROCESSO Nº CSJT-150/2008-895-15- Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.

87 TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05. Na oportunidade, restou consignado que a licença é direito também do filho, pois sua finalidade é 'propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança', razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada.

da família, mais ampla será a exposição ao apoio estatal. No entanto, por força da legislação brasileira, a intervenção do Estado sobre as famílias com prole menor de idade se faz indispensável para resolver as lides a ela inerentes, diante da indisponibilidade destes direitos. O princípio do superior interesse da criança tem o condão de proteger os direitos prioritários dos filhos nestes tempos de fragilidade dos laços familiares.

Com base em apreciação histórico-legislativa desse princípio, as características do referido *standard* e a sua aplicação pelo intérprete constitucional foram apresentadas, através de uma pequena amostra empírica de julgados, nos últimos três anos, ou seja, após a promulgação da Lei nº 12.010/2009.

Foram avaliadas as hipóteses mais recorrentes de utilização do princípio do superior interesse nos Tribunais Superiores e pela observação das similaridades dos bens jurídicos e dos comportamentos necessários à sua realização detectou-se que, em sua maioria, este importante princípio incide com toda a sua força normativa nas regras que versam sobre os direitos dos filhos de conviverem e serem cuidados pelos pais. Examinando as decisões coletadas pode-se assinalar, com segurança, que o princípio em tela não possui eficácia meramente simbólica. Pelo contrário, é norma imprescindível para a concretização da proteção integral esculpida em sede constitucional.

Conclui-se, então, ser imperativo o movimento de releitura das regras que compõem o sistema de direito de família e de infância e juventude, colocando o superior interesse das crianças e adolescentes como o princípio-pilar interpretativo nos julgamentos de demandas que envolvam vínculos parento-filiais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. O judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e da juventude. In: ALTOE, Sônia (Org.). *Sujeito do direito, Sujeito do desejo*. Direito e psicanálise. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Revinter, 2010, 157p. p. 45-57.

AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 1217p. p. 11-19.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOZA, Heloísa Helena. O Estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.) *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte*: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 201-213.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; Barcellos, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (reimpressão 2006).

BRAUMER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 438p. p. 255-278.

BRASIL. *Código de Menores*: Lei nº 6.697/97, comparações, anotações, histórico. Brasília: Senado Federal, 1982.

BRASIL. *Constituições do Brasil*. v.1. DIAS, Floriano Aguiar (Org.). [S.l.]: Liber Juris, 1975, 610p. (Coleção de Códigos Liber Juris)

BRASIL, República Federativa do. *Estatuto da criança e do adolescente*: Lei 8069/90.

BRASIL, República Federativa do. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUEREN, Geraldine Van. *International documents on children*. 2. ed. USA, MA: Kluwer Law International, 1998, p. XV.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v.46, n.182, jul./dez 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMBES, Danièle; DEVREUX, Anne-Marie. *Construire sa parente*. Reconnaissance, légitimation, dénomination des enfants. Paris: CSU – Centre de Sociologie Urbaine, Institut de Recherche sur les Sociétés Contemporaines. Iresco/CNRS, 1991.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 906.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p.47-48.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira. Apud ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIDDENS, Anthony. Família. In: _____. *O mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: *Revistas Jurídicas LEX*. n. 56 - Mar/Abr 2012.

GRIFFITH, Daniel B. *The best interests standards: a comparison of the state's parens patriae authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients*. In: *Issues in Law and Medicine*, v. 7 n. 3, Dezembro 1991.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança - contribuições da mediação interdisciplinar*. In: Associação dos Advogados de São Paulo: Revista do Advogado. n. 62, março/2001, p. 72-83.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed., 2ª tiragem, Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Princípio do *best interest of child* na justiça juvenil dos Estados Unidos: uma breve análise entre sistemas judiciais juvenis. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 6, 2008, Belo Horizonte. *Anais... Rio de Janeiro*: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, 477 p. p. 1-17.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Baueri: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. A defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo promotor de justiça da infância e da juventude, pós-constituição federal de 1988. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Moreira et al. (coord). *Temas atuais do ministério público: Atuação do parquet nos 20 anos de constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 839p. p. 321-360.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.) *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 21ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1988, t.2.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL Jr., Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 443-467.

O'DONNELL, Daniel. *A Convenção sobre os direitos da criança: Estrutura e Conteúdo, Infância: Boletim del IIN, nº 230. Tomo 63, Julio. Montevideo.*

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Voltando à problemática da tipologia regras e princípios; primeiro ensaio. In: *JurisPoesis: Revista do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 13, n. 13, jan - dez. 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente - uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 2000, Belo Horizonte. *Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG: Del Rey 2000, 578 p. p. 201-234.*

_____. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança. um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. In: *Revista da faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, a.29, n.29, 1996, p. 199-238.*

SAIAS, Marco Alexandre. A Convenção sobre os direitos da criança. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIII, n.1. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: *Direito de Família no novo milênio. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *Internacional human rights in context: law, politics, morals*. Oxford-New York: Oxford University Press, 2000, p. 512, apud

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Do panprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. In: *Revista de Informação Legislativa*. n.194, a. 49, Brasília, p. 7-21, abril/junho-2012.

_____. Posfácio. In: OTTO, Écio; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: Projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VERCELONE, Paolo. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. Munir Cury (Coord.). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). São Paulo: Saraiva, 2003, 353p. p. 33-34.