

## O princípio do melhor interesse da criança como recurso hermenêutico em decisões sobre autonomia familiar

### The principle of the best interest of the child as a hermeneutical resource in decisions on family autonomy

Antonio Jorge Pereira Júnior<sup>1</sup> (PQ), Olegário Gurgel Ferreira Gomes<sup>2</sup> (PG)\*, Viviane Teixeira Dotto Coitinho (PQ), Francisco Flávio Silva Rodrigues (PQ)

*1Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE;*

*2Doutorado em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE;*

*3Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE;*

*4 Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE.*

*antoniojorge@unifor.br; olegariofgomes@gmail.com; vividotto1@gmail.com; f\_flaviorodrigues@outlook.com*

## Resumo

Estado e família englobam conflitos que delimitam de um lado o poder de intervenção estatal e de outro a pretensão de autonomia da unidade familiar. A questão abrange o livre exercício do poder familiar, que em muitas circunstâncias se submete ao controle de políticas públicas de proteção à infância. Afinal, em que termos, em que extensão e sob quais fundamentos é possível o Estado interferir na autonomia familiar para garantir direitos subjetivos da criança? O presente trabalho aborda o tema sob a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança, que constitui um instrumento hermenêutico usualmente empregado pelos tribunais brasileiros para dirimir as lides que desafiam a autonomia das famílias.

State and family encompass conflicts that delimit on one hand the power of state to intervene and on the other the claim to autonomy of the family. The issue concerns the free exercise of parental authority, which in many circumstances is threatened by public policies of child protection. After all, in what terms, to what extent and on what grounds is it possible for the State to interfere with family autonomy to guarantee the child's rights? The present work approaches the subject from the perspective of the principle of the best interest of the child, which is a hermeneutic instrument usually used by the Brazilian courts to resolve disputes that challenge the autonomy of families.

Palavras-chave: Autonomia familiar, melhor interesse, infância. Keywords: Family autonomy, best interest, childhood.

## Introdução

A família é o *locus* decisório dos interesses da criança. Cabem aos pais e responsáveis a prerrogativa, exercida com exclusividade e prioritariamente, de decidir o melhor interesse da prole, cuidando do bem estar físico, moral e psíquico.

A precedência paterna tem apoio na Constituição Federal (art. 229) e na legislação ordinária, em especial o Código Civil (art. 1.634) e a Lei nº 8.069/90 (art. 22). Não se trata, por óbvio, de uma cláusula arbitrária, eis que toda decisão sobre a vida do infante precisa ponderar a subjetividade deste. Em outras palavras, os genitores devem levar em consideração os direitos da criança para decidir apropriadamente os fatos que dizem respeito a sua existência.

Ademais, a regra comporta exceção. O Estado pode substituir os pais, em casos excepcionalíssimos, para definir situações relevantes à vida da criança<sup>1</sup>. Nesse desiderato, o princípio do melhor interesse constitui um suporte hermenêutico usual às cortes brasileiras sempre que chamadas a decidir, em situações conflituosas e polêmicas, pelo afastamento ou pela confirmação da autonomia familiar.

Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é investigar o princípio do melhor interesse da criança como recurso hermenêutico que permite definir os espaços normativos que regulam as relações entre Estado e família. O tema mobiliza questões importantes: afinal, em que termos, em que extensão e sob quais fundamentos pode o Poder Judiciário autorizar o Estado a interferir na autonomia familiar para garantir direitos subjetivos da criança, tendo em vista ações e omissões dos pais ou responsáveis? Ao apontar o melhor interesse, os tribunais de fato consideram como um pressuposto essencial a condição da criança enquanto sujeito de direitos<sup>2</sup>?

## **Metodologia**

A investigação é do tipo documental-bibliográfica, com pesquisa exploratória em livros e na internet através dos sítios oficiais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

## **Resultados e Discussão**

A autonomia não compreende a mera capacidade do homem de decidir por si os fatos de sua existência, ou seja, o poder de autodeterminação. Para além da autonomia de vontade, imprescindível compreender referido termo em sua dimensão ética, que contempla a capacidade da pessoa de subjetivar direitos. Assim, ao lado do poder de decidir a si mesmo, dispõe o homem da qualidade de gozar prerrogativas na ordem jurídica, o que é essencial às ideias de cidadania e dignidade humana.

A infância, por sua vez, abrange uma autodeterminação progressiva, na medida em que toda pessoa adquire, paulatinamente e no curso de sua individuação<sup>3</sup>, a liberdade de decidir os fatos de sua vida<sup>4</sup>. Porém, mesmo em tenra idade a criança é capaz de subjetivar direitos, eis que a personalidade civil começa do nascimento, estando a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º do Código Civil). Sob essa perspectiva, é possível afirmar que toda criança tem autonomia perante o direito.

---

<sup>1</sup> Destaca Machado que a violação tem novo patamar de compreensão: "Porque a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou a destituição do pátrio poder ganhou contornos de uma excepcionalidade ainda mais severa do que aquela que já se sustentava tradicionalmente: apenas as violações severas dos deveres do pátrio poder, que inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança, é que autorizam sua retirada da casa da família natural" (2003, p. 163).

<sup>2</sup> Eis a referência teórica mais importante do atual Direito da Criança e do Adolescente, como destaca Emilio Garcia Méndez ao comentar a Convenção sobre os Direitos da Criança: "Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar sus transformaciones" (2004, p. 65).

<sup>3</sup> Conferir, nesse sentido, Pereira Júnior e Coitinho: "O reconhecimento da autonomia da criança e do adolescente está presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, como garantia do direito de opinião, expressão, associação, educação, saúde, que exigem um reconhecimento expresso da sua capacidade para exercê-los diretamente. A isto correspondem os deveres dos pais para orientá-los, de acordo com a evolução da sua capacidade. O termo 'capacidade', aqui, não é exatamente o do instituto da capacidade. Diz antes com a discernimento e habilidades e competências" (2018, p. 18).

<sup>4</sup> Sobre o tema, afirma Janusz Lorcak: "Classificamos erradamente os anos como contendo menores ou maiores graus de maturidade. Não existe um hoje imaturo, nem uma hierarquia de idades, nem níveis mais altos ou mais baixos de dor e alegria, esperança e decepção" (1986, p. 89).

Isso significa dizer que o princípio do melhor interesse expressa, necessariamente, um conteúdo jurídico mínimo<sup>5</sup>, que pode ser resumido nas seguintes sentenças: a) nenhuma decisão pode afrontar os direitos da criança, sob o fundamento de proteger o melhor interesse desta; b) toda decisão deve ter, para se conformar com o princípio do melhor interesse, uma correlação direta e imediata com os direitos da criança, devendo antes apresentar fundamentos na própria ordem jurídica. Como se vê, as duas máximas condicionam a legitimidade do conteúdo que o princípio manifesta, impondo uma certa capacidade de se comunicar com os preceitos do Direito positivo, mormente os ditames da doutrina da proteção integral (art. 1º da Lei nº 8.069/90).

Essas determinações ficam mais claras na análise de um direito subjetivo específico, a exemplo da convivência familiar e comunitária (art. 19 da Lei nº 8.069/90). Aplicando os preceitos expostos acima e tendo como base a pretensão de toda criança a viver na companhia dos pais, é possível chegar a uma série de desdobramentos. Primeiro, é vedado transgredir, sob qualquer pretexto, inclusive sob o fundamento do melhor interesse da criança, o caráter geral que qualifica a regra referente à precedência da família na condução do bem-estar do filhos. Segundo, apenas em hipóteses excepcionais e juridicamente fundamentadas, torna-se admissível afastar a autonomia dos pais nos cuidados da prole<sup>6</sup>. Terceiro, toda decisão que excepcionar a autonomia familiar, admitindo uma ação estatal invasiva, precisa indicar fundamentos na esfera jurídica da própria criança, que, como visto, goza de autonomia ética na qualidade de sujeito de direitos e, desse modo, tem perante o Estado o direito subjetivo a manter a presença dos genitores, numa convivência livre da interferência de órgãos públicos.

Quanto a esse último item, é preciso ter claro na sentença o aspecto jurídico da criança que está sendo priorizado, afirmando-se, por exemplo, a necessidade de resguardar a vida, a saúde, o acesso à educação ou a integridade psicológica do infante em detrimento de sua pretensão à companhia dos pais e/ou à autonomia destes. É essa especificação referida diretamente à subjetividade da criança que permite às partes conhecer o conteúdo do melhor interesse e os fundamentos do ato judicial<sup>7</sup>. Em outras palavras, sempre que a convivência familiar estiver em consideração em determinado conflito judicial, deve o magistrado aplicar o princípio do melhor interesse como recurso hermenêutico apto a conformar os direitos da criança, assegurando sua autonomia ética e ponderando as pretensões infantis, prevalecendo seja a diretriz da família autônoma seja um comando contrário a ela e oriundo de outro direito fundamental – aquele que no caso concreto venha a conflitar com o valor ínsito à liberdade de exercício do poder familiar.

Dito isso, é de se indagar acerca da conduta da jurisprudência brasileira. Ou seja, no momento de fundamentar suas decisões, as cortes respeitam o postulado segundo o qual o

---

<sup>5</sup> Pereira Júnior e Rodrigues destacam o caráter abstrato do princípio do melhor interesse, que tem caráter instrumental e só deve ser empregado em situações nas quais não há regras específicas para solucionar a lide (2018, p. 20).

<sup>6</sup> Conferir Goldstein, Freud e Solnit: “A lei pressupõe que os pais da criança são os mais adequados para representá-la e salvaguardar seus interesses. Este pressuposto, entretanto, não deve prevalecer, como acontece, quando o processo de colocação da criança se torna objeto de disputa entre pais, disputa essa que só tem solução por interferência dos tribunais, como nos processos de divórcio ou separação” (1987, p. 45-46).

<sup>7</sup> Mesmo porque a aplicação do princípio do melhor interesse nas cortes superiores se submete a uma grande diversidade de contextos, perdendo muitas vezes a coerência argumentativa, como demonstram Pereira e Rodrigues (2018, p. 12).

princípio do melhor interesse deve ter um conteúdo básico e apresentar especificação na subjetividade da criança?

A verificação desse questionamento exige a análise de temáticas sensíveis ao universo infantil. Nesse sentido, propõe-se um estudo pautado em duas ordens distintas de decisões. Num plano, aquelas que utilizam o princípio para afirmar a autonomia familiar ou cassá-la, legitimando ou não a precedência dos pais em decidir o melhor interesse de seus filhos. Em outro, aquelas que empregam o princípio como fundamento para promover ou inibir o exercício do poder familiar, ampliando ou restringindo, como via de consequência, a autonomia dos genitores e/ou responsáveis. As duas classes de decisões podem ser extraídas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que com frequência utilizam o melhor interesse como fundamento decisório em lides nas quais o Estado e a família ocupam posições opostas na arena jurídica.

No grupo de decisões que acolhem ou inibem a autonomia familiar, é pertinente a referência à adoção *intuitu personae*, modalidade de colocação de criança em família substituta caracterizada pela liberdade dos pais biológicos de escolherem os adotantes, independente do cadastro nacional de adoção (art. 50 do Lei nº 8.069/90). No STJ, encontram-se julgados favoráveis<sup>8</sup> e contrários<sup>9</sup>, todos com fundamento no princípio do melhor interesse<sup>10</sup>. Referido princípio ora é utilizado para ampliar a autonomia dos genitores ora para contê-la, permitindo ou negando a possibilidade de uma indicação pessoal dos adotantes. Contudo, em todas as situações é claramente restrita a especificação do melhor interesse, já que o foco da análise repousa mais nas condições da família substituta e no seu potencial para prestar os cuidados necessários e oferecer afeto. A situação jurídica do infante é destacada indiretamente, afirmando-se, por exemplo, que a família escolhida pelos genitores constitui um melhor interesse quando comparado aos interesses estatais de impor o acolhimento institucional ou mesmo de indicar uma família previamente registrada no cadastro de adoção. Não há ponderação de direitos nem menção à pretensão da criança de ficar no núcleo biológico ou, do contrário, de manter a relação de afetividade já consolidada com os adotantes, ainda que ilegalmente escolhidos.

Já no grupo de julgados que promovem a autonomia familiar, busca-se identificar atos judiciais que ampliem as condições materiais para o exercício do poder familiar e, com ele, a autonomia dos pais ou responsáveis, tendo como base o melhor interesse da criança. É exemplo a série de habeas corpus concedidos de ofício pelo STF para conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar de pacientes com filhos menores de 12 anos<sup>11</sup>, matéria pacificada posteriormente em sede de habeas corpus coletivo, estendendo a ordem a todas presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes (BRASIL, STF, DJe-215). Na hipótese, a pretensão estatal à tutela da segurança pública deu lugar à convivência familiar, em homenagem ao melhor interesse da criança. Igual ampliação do ambiente familiar ocorreu na decisão do Recurso Extraordinário nº 898.060, oportunidade em que foi firmada a tese de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou

<sup>8</sup> Nesse sentido, conferir BRASIL, STJ, DJe 01/03/2019, no julgamento do HC nº 487.812/CE.

<sup>9</sup> Com essa orientação, conferir BRASIL, STJ, DJe 12/12/2018, no julgamento do HC 476.777/SC.

<sup>10</sup> Divergência que se explica, em parte, pelas peculiaridades de cada caso.

<sup>11</sup> Dentre muitos, conferir BRASIL, STF, DJe-182. A decisão baseia-se na nova redação do art. 318, inciso V, do CPP, conferida pela Lei da Primeira Infância, a Lei nº 13.257/2016.

não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, STF, DJe-187). Na prática, o STF autorizou a pluriparentalidade, com a concomitância de filiação biológica e socioafetiva, expandindo a autonomia familiar na conformação de suas relações afetivas e jurídicas em detrimento da pretensão estatal à singularidade paterna.

No último bloco de decisões, o recorte compreende atos judiciais que, tendo como base o melhor interesse da criança, restringem as condições materiais para o exercício do poder familiar e, conseqüentemente, reduzem a autonomia dos pais ou responsáveis. Nesta categoria, importante citar o conflito entre Estado e família presente no tema do “homeschooling”, prática na qual os pais assumem a escolarização dos filhos no lugar das instituições oficiais de ensino. No Recurso Extraordinário nº 888.815/RS, o STF fixou a tese de que “não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira” (BRASIL, STF, DJe-202). Com isso, as famílias adeptas da educação familiar, por força desta decisão, terão que matricular os filhos em escolas até que a modalidade de ensino seja criada por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional. A tese vencedora afirmou a constitucionalidade da ação educacional doméstica, porém entendeu que a iniciativa carece de regulação legal.

## Conclusão

O princípio do melhor interesse da criança empresta fundamentação aos tribunais brasileiros em lides que envolvem interferência na autonomia familiar. Contudo, é preocupante a ausência de uniformidade argumentativa nas decisões das cortes brasileiras. Não há elementos que coordenem as diversas possibilidades semânticas do princípio do melhor interesse da criança. Afinal, não é suficiente dizer qual é a posição mais vantajosa para o infante, eis que indispensável afirmar o critério que inspira tal escolha. Enfim, sem uma especificação referida diretamente à subjetividade do infante, carece o julgado de fundamentação clara e objetiva, consubstanciando uma falha hermenêutica na compreensão do princípio do melhor interesse.

## Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 487.812/CE**. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 476.777/SC**. Relator Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.279**. Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017. Processo Eletrônico DJe-182. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MELHOR+INTERESSE+DA+CRIAN%C7A%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7zryqq2>>. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016. Processo Eletrônico DJe-187. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MELHOR+INTERESSE+DA+CRIAN%C7A%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7zryqq2>>. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143.641**. Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018. Processo Eletrônico DJe-215. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28143641%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycw5wo24>>. Acesso em 15 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 888.815/RS**. Relator Min. Roberto Barroso e Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018. Processo Eletrônico DJe-202. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>>. Acesso em 21 de março de 2019.

GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna, SOLNIT, Albert J. **No interesse da criança?** Trad. de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KORCZAK, Janusz. O direito da criança ao respeito. In: DALLARI, Dalmo de Abreu, KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. 3ª edição. São Paulo: Summus Editorial, 1986.

MACHADO, Martha Toledo de. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infancia**: de los derechos y de la justicia. 2ª edición actualizada. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. A legitimidade como modulador da capacidade civil e o reconhecimento da autonomia progressiva do menor de idade no Brasil. In: **Revista de Direito de Família e das Sucessões – RDFAS**, Ano 5, vol. 19, out-dez/2018. ADFAS: São Paulo, 2018, p. 9-35.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, RODRIGUES, Francisco Flávio Silva. O princípio do melhor interesse da criança face aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta: metodologia de aplicação. In: **Revista de Direito de Família e das Sucessões – RDFAS**, Ano 5, vol. 16, abr-jun/2018. ADFAS: São Paulo, 2018, p. 8-27.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge, RODRIGUES, Francisco Flávio Silva. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018. In: **Revista Espaço Jurídico**, nº 20, maio/ago, 2018, p. 8-27. Disponível em <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/17052>>. Acesso em 01 de agosto de 2018.