

O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática*

Tânia Da Silva Pereira

*Advogada, Conselheira da OAB/RJ, Professora da PUC/RIO e da UERJ,
Coordenadora do PAPI-OAB/RJ – Posto Avançado Proteção Integral.*

A *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* foi aprovada, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, depois de um árduo trabalho de dez anos de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, à época em que se comemoravam os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Fruto de compromisso e negociação, ela representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis. Exige, por parte de cada Estado, que a ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância, ou seja, pessoas menores de 18 anos.

Ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, indique-se sua versão oficial, ao dispor no art. 3.1: "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*".

Destaque-se, especialmente, o texto original em inglês ao declarar: "*In ali actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*".

Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo - *the best interest* - e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo - *o interesse maior da criança*. Optamos pelo conceito qualitativo - *melhor interesse* - considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do "melhor interesse da criança" em seu sistema jurídico, e sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente.

Em trabalho monográfico sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, DANIEL O'DONNELL¹ (1990) procura demonstrar que este princípio tem sua origem no direito comum, onde serve para a solução de

conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Em essência, este conceito significa que quando ocorrem conflitos desta ordem, como no caso da dissolução de um casamento, por exemplo, os interesses da criança sobrepõem-se aos de outras pessoas ou instituições.

Comparando a Convenção com a *Declaração Universal dos Direitos da Criança* de 1959, esclarece o mesmo Autor que a primeira "amplia o alcance deste princípio, o qual, pelo teor do art. 3º (1), deve inspirar não apenas a legislação, mas também todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas...".

Este paradigma tem norteado tratados e convenções humanitários, da mesma forma que tem orientado, em todo o mundo, as decisões nos Tribunais.

Sua origem se prende ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa afim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria.

Embora tenha surgido na Inglaterra vinculado à guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades, esta responsabilidade, inicialmente assumida pela Coroa, foi delegada ao Chanceler a partir do século XIV.

O *parens patriae* é definido por DANIEL B. GRIFFITH² como "a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica".

Desta forma, as Cortes de Chancelaria, com o Chanceler atuando como o "guardião supremo", assumiram 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".

No início do século XVIII, as Cortes de Chancelaria inglesas distinguiram as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção dos loucos.

GRIFFITH, referindo-se às origens históricas do referido instituto, reporta-se ao caso *Finlay v. Finlay*, julgado pelo Juiz CARDOZO, em que ficou ressaltado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. "O bem estar da criança deveria se sobrepôr aos direitos de cada um dos pais".

Dois julgados do Juiz LORD MANSFIELD em 1763, envolvendo medidas semelhantes ao nosso procedimento de "busca e apreensão do menor", identificados como caso *Rex v. Delaval* e caso *Blissetts*, são conhecidos no Direito Costumeiro Inglês como os precedentes que consideraram a primazia do interesse

da criança e o que era mais próprio para ela. Somente em 1836, porém, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra.

Também nos Estados Unidos o princípio do *best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriae*. Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado. A Suprema Corte tem reconhecido esta prerrogativa como parte de uma tradição de longa data.

O princípio do *parens patriae* é particularmente relevante nas leis referentes à guarda. A autoridade, antes inerente às Cortes de Eqüidade, foi atribuída aos tribunais conforme a codificação de cada Estado. As Cortes detêm o dever de supervisionar os guardiães e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiães, como "oficiais" da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta.

Desta forma, o guardião tem uma relação de subordinação para com a Corte, que por sua vez, é a "guardiã suprema" e detém a jurisdição sobre a guarda. O guardião "é o delegado *da parens patriae* estadual". Sua autoridade tem origem civil, não pessoal, e esta não pode exorbitar os limites da autoridade que o conferiu.

DANIEL B. GRIFFITH informa que o princípio do *best interest* foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, onde havia a disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge-mulher havia cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança.

Naquela oportunidade, foi introduzida naquele país a *Tender Years Doctrine*, a qual considerava que, em razão da pouca idade, a criança precisava dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção e que ela seria a pessoa ideal para dispensar tais cuidados e assistência. Esta Doutrina proliferou por todo o país, passando a vigorar uma "presunção de preferência materna", que somente não seria levada em conta caso ficasse comprovado o despreparo da mãe.

A partir do século atual a maioria dos Estados modificou a orientação relegando esta preferência materna e assumindo o que eles denominaram de *tie breaker* - teoria segundo a qual todos os fatores são igualmente considerados e que, portanto, deve prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança.

Destaque-se, no entanto, a 14^a Emenda Constitucional americana, que, entre outros direitos, estabeleceu a igualdade do homem e da mulher, conduziu a uma modificação na orientação dos Tribunais uma vez que a *Tender Years Doctrine* dava tratamento privilegiado à mãe em prejuízo do progenitor da criança.

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.

Para se promover um melhor entendimento quanto à aplicação do princípio do "melhor interesse" no Brasil, é imprescindível elencar as três correntes jurídico-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância em nosso país desde o século XIX.

A *Doutrina do Direito Penal do Menor*, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinqüência e baseou a imputabilidade na "pesquisa do discernimento" - que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso. Ao Juiz era atribuída a competência para determinar se o jovem "era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores"³.

Mesmo na vigência do Código MELLO MATTOS de 1927, BULHÃES DE CARVALHO⁴ (1977) ressalta que "já vigorava na época séria campanha contra a teoria do discernimento, bem como a aplicação de medidas repressivas contra os menores em vez de simples medidas educativas".

A *Doutrina Jurídica da Situação Irregular* passou a vigorar efetivamente entre nós com o advento do Código de Menores de 1979.

Esta catalogava, em seu art. 2º, as seis categorias de situações especiais consideradas por PAULO LÚCIO NOGUEIRAS (1988) como "situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. (...) A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação".

Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos.

Questionando a eficiência daquele sistema, esclarece o Des. AMARALE SILVA⁶ (1998):

"O Juiz não julgava o menor, definia a 'situação irregular' aplicando 'med-

idas terapêuticas'. O Ministério Público, inclusive, quando pleiteava internação, como resposta pela prática de atos delinquentes rotulados de desvio de conduta, de ato anti-social, etc. estava defendendo o menor. A defesa e o superior interesse justificavam tudo. Serviam para tudo, inclusive para limitar

e, até impedir a participação do Advogado, figura praticamente desconhecida do *Di- reito do Menor*. "

O período de vigência do Código de 1979 foi marcado, ainda, por uma po- lítica assistencialis:ta fundada na proteção do menor abandonado ou infrator.

PAUI.A GOMIDE⁷ (1990) destaca, neste período "uma ação política de manutenção *dostatusquo* do atendido pois, certamente, esta ação não tem a pre- ocupação de alterar as condições em que o miserável vive".

Outra característica desta fase é a competência de caráter penal e tutelar do Juiz; sua interferência ocorria nas hipóteses de prática do ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais.

Destaque-se, sobretudo, que o referido diploma legal de 1979 já determi- nava em seu art. 50 que "na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do me- nor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado".

ANÍSIO GARCIAMARTINS⁸ (1988), comentarista daquele Código, ex- plica que este princípio decorria do fato de que "o menor estava numa situação de desvalimento natural, por sua deficiência etária, mental e jurídica, e não ti- nha capacitação para auto-defender-se de fato ou de direito".

5. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de MeNores*; pp. 13-14.

6. Des. AMARAL E SILVA. *O mito da inimputabilidade pmoi e ° Estatuto da Criança e do Adolescente* (Trabalho monográfico i nédi to divulgado pelo *site* da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude -ABMP - www.abmp.org.com.br), p. 06.

7. GOMIDE, Paula. *MeNor infrator a caminho de um Irovotempo*, p. 18. 8. MARTINS, Anísio Garcia. *Dirl!ilo do Menor*, p. 68.

NOTAS

* Conferência baseada na pesquisa que resultou no texto publicado na obra coletiva intitulada *O melhor interesse do criança: um debate interdisciplinar* editada pela Editora Renovar em novembro de 1999 e no trabalho de atendimento à população infante-juvenil junto à Primeira Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro realizado pelo *PAPI/RJ*- "Posto Avançado Proteção Integral".

1. O'CONNELL, Daniel. A Convenção sobre os Direitos do Criança: Estrutura e Conteúdo, p. 11.

2. GRIFFITH , Daniel B. The Best Interests Standard. a compariron of the stnte's parens patriae autlrority and judicial oversigflt in best interest determinations for children and incompetent patients. In *Issues in Law and Medicine*, pp. 1-2.

3. SIQUEIRA, Liborni. *Sociologia do Direito do Menor*, p. 52.

4. CARVALHO, Bulhões de. *Direito do Menor*, p. 32.