

O USO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NOS ARGUMENTOS DAS SUPREMAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E PARAGUAI

THE USE OF THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN
THE ARGUMENTS OF THE SUPREME CONSTITUTIONAL
COURTS OF BRAZIL AND PARAGUAY

*Sergio Ruiz Díaz Arce**

RESUMO

O presente artigo realiza uma análise das decisões das Supremas Cortes Constitucionais do Brasil e Paraguai, a fim de determinar os argumentos utilizados por esses tribunais quando aplicam o melhor interesse da criança em um caso concreto. Para isso foram escolhidas uma decisão da Corte Suprema de Justiça do Paraguai e uma decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, que constituem o objeto desta investigação. Para a análise comparada das argumentações, foi realizada uma pesquisa exploratória na base de dados de ambos os tribunais e posteriormente

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Investigador do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov) da Universidade do Minho.

selecionada uma decisão de cada tribunal levando em consideração os seguintes critérios: (I) decisão relevante no âmbito dos direitos da criança, e (II) desenvolvimento argumentativo do conceito de melhor interesse da criança. Nas argumentações analisadas, observa-se que o melhor interesse da criança é um conceito dinâmico e que está relacionado à autonomia da pessoa humana, prevalecendo sobre qualquer outro tipo de interesse. Portanto, no processo argumentativo, seu uso precisa de uma justificativa adequada para se tornar operacional diante de um problema específico em cada caso concreto.

Palavras-chave: Direitos da criança. Melhor interesse da criança. Argumentação jurídica. Supremo Tribunal Federal do Brasil. Corte Suprema de Justiça do Paraguai.

ABSTRACT

This paper analyses the decisions of the Supreme Constitutional Courts of Brazil and Paraguay in order to identify the arguments used by these courts when applying the best interests of the child in a specific case. In this sense, one decision of the Supreme Court of Paraguay and another of the Supreme Federal Court of Brazil were selected as the subject of this research. To facilitate a comparative analysis of the arguments, an exploratory search was conducted in the databases of both courts. The decision from each court was then selected based on the following criteria: (I) relevance to the field of children's rights and (II) argumentative development of the concept of the best interests of the child. The arguments analysed show that the best interest of the child is a dynamic concept linked to the autonomy of the human person and takes precedence over any other type of interest. Therefore, in the argumentative process, the use of this concept requires an adequate justification to be effective in the face of a specific problem in each specific case.

Keywords: Children's rights. Best interest of the child. Legal argumentation. Supreme Federal Court of Brazil. Supreme Court of Paraguay.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre os direitos da criança¹ na América Latina ainda pode ser considerado como um tema relativamente recente, sensível, suscetível de

críticas e até de negações. Embora tenham se passado mais de trinta anos desde a adoção da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDC) — instrumento jurídico de maior impacto nessa matéria—, a noção de proteção para este grupo de pessoas, e principalmente como uma função do Estado, da família e da sociedade, tem gerado uma série de problemas e conflitos comuns em diferentes países da região que levaram inclusive procurar respostas em instancias internacionais.

A problemática ao redor da proteção brindada pelo Estado continua apresentando uma serie de dificuldades no momento da interpretação das normas e a aplicação de medidas de proteção pelos órgãos de justiça nos diferentes países da região. Dada essa situação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) têm questionado constantemente as ações e limites dos diferentes Estados quando aplicam medidas de proteção para crianças e adolescentes.

Diante desse cenário, a Corte IDH em resposta à solicitação da CIDH foi instada a aprimorar o conteúdo do artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)², relativa aos direitos da criança, no exercício de sua função consultiva³. Assim, no uso de suas atribuições, no dia 28 de agosto de 2002, a Corte IDH respondeu os questionamentos feitos sobre o citado artigo por meio da Opinião Consultiva Nº 17 (OC-17), que denominou “Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança”.

Dessa maneira, a OC-17 tornou-se uma das decisões mais importantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos —no âmbito dos direitos da criança—, especialmente, para a justificação de decisões da própria Corte, bem como dos tribunais nacionais de justiça. Nesta opinião consultiva, a Corte IDH

1 A denominação “direitos da criança” é utilizada para designar o conjunto de direitos das pessoas menores de dezoito anos, isto é, crianças e adolescentes. A esse respeito, é importante lembrar que, de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança em seu artigo 1: “[...] considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes”. Nesse mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1999, § 188) tem se pronunciado desde a sentença do caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”.

2 Conforme este artigo, “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

(2002, § 113) entendeu que quando sejam aplicadas as medidas de proteção a crianças e adolescentes por parte do Estado:

(A) atuação judicial (deve estar) perfeitamente motivada de acordo com a lei: razoável e pertinente no fundo e na forma, atendendo ao Melhor Interesse da Criança e sujeita a procedimentos e garantias que permitam verificar em todo momento sua idoneidade e legitimidade (tradução nossa)⁴.

Sobre o melhor interesse da criança, também denominado princípio do superior interesse da criança, a Corte IDH reafirmou que este conceito constitui o princípio norteador de todo o sistema de direitos para as crianças e que sua aplicação requer de uma adequada avaliação em cada situação.

Destarte, resulta apropriado revisar as decisões dos tribunais nacionais a fim de analisar de forma comparada a jurisprudência interna dos países da região para identificar os argumentos dos juízes no uso deste conceito, principalmente, quando se vem afetados os direitos de uma criança ou adolescente. Logo, este trabalho se propõe analisar uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, e da Corte Suprema de Justiça (CSJ) do Paraguai, que constituem o objeto desta investigação.

Nesse sentido, a pesquisa questiona-se sobre como esses tribunais constitucionais justificam suas decisões a partir do melhor interesse da criança quando analisam uma situação que vulnera os direitos deste grupo de pessoas?

De acordo com essas considerações, o objetivo deste trabalho é determinar o uso do melhor interesse da criança nos argumentos das Supremas

3 A função consultiva da Corte IDH encontra-se prevista no artigo 64 da CADH: "1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires; 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais".

4 "(La) actuación judicial (debe estar) perfectamente motivada conforme a la ley: razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atendiendo al Interés Superior del Niño y sujeto a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad".

Cortes Constitucionais do Brasil e Paraguai em um caso concreto. Enquanto a metodologia empregada, foi selecionada uma decisão de cada tribunal a partir de critérios preestabelecidos e utilizado como instrumento de análise um diagrama de representação dos argumentos.

Esta pesquisa pretende caracterizar a situação em que se encontram crianças e adolescentes perante os tribunais de justiça, apesar dos direitos que foram adquiridos nos ordenamentos jurídicos nacionais, através da adoção de leis como o Estatuto da Criança e da Adolescência no Brasil (1990) e o Código da Criança e do Adolescente em Paraguai (2001). Para isso, considera-se que a análise de casos em perspectiva comparada possibilita identificar e compreender a função de proteção do Estado com um grupo de pessoas em situação especial de vulnerabilidade, assim como também, sobre a importância da fundamentação das decisões judiciais para a afirmação desses direitos.

2 DELIMITAÇÃO NORMATIVA E APORTES DA LITERATURA REGIONAL

No âmbito do Sistema Universal de Direitos Humanos este conceito aparece na Declaração dos Direitos da Criança de 1959⁵ em que seu conteúdo é delimitado, principalmente, como marco norteador para a promulgação de leis em matéria de infância:

Princípio II: 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

5 Como antecedente desta Declaração, pode-se citar a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Liga das Nações em 26 de dezembro de 1924. Posteriormente, essa declaração foi incluída na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Da mesma forma, este princípio também é mencionado na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) nos artigos 5b e 16, § 1 d.

promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o melhor interesse da criança.

Posteriormente, em 1989 o melhor interesse da criança ganha mais força ao ser reconhecido também no artigo 3 da CIDC, da seguinte forma:

1. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

Além da norma citada a CIDC também se refere a esse princípio nos artigos 9.1, 9.3, 18, 20, 21, 37 e 40, embora o conteúdo do melhor interesse da criança permaneça de modo indeterminado e aberto para novas interpretações e situações em que pode ser aplicada. Nesse sentido, Cillero (1997, p. 6) observa que:

De acordo com esse princípio, em todas as medidas relativas a crianças adotadas por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, será considerado o “melhor interesse da criança” de forma primordial. Esse princípio é especificado e complementado pelo direito da criança de expressar sua opinião ou ponto de vista, em todos os assuntos que a afetam (tradução nossa) ⁶.

Uma das distinções mais comuns feitas ao respeito é sobre a posição que ocupa ou sobre seu grau de primazia, e, portanto, é considerada como um princípio que deve ser observado em caso de conflito de direitos de igual valor. Isso significa que, em situações que afetam direitos da criança, o melhor interesse destes prevalece sobre qualquer outro tipo de interesse. Segundo Aguilar (2008, p. 229), ao falar sobre os melhores interesses da criança, não se fala sobre o que os adultos acham melhor para a criança ou sobre o que o juiz

⁶ “Según este principio en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá al “interés superior del niño” como una consideración primordial. Este principio se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos que le afecten”

acha que é melhor para a criança, mas bem que, “[...] quando falamos sobre o melhor interesse, o interesse primordial da criança, significa simplesmente decidir sobre os direitos humanos da criança [...]”. Nesse sentido, Zermatten (2003, p. 15) propõe uma definição associada à garantia de proteção baseada no bem-estar da criança, que, devido à sua relevância, deve prevalecer sobre qualquer outro interesse:

O melhor interesse da criança é um instrumento jurídico que tende a garantir o bem-estar da criança no plano físico, psíquico e social. Estabelece a obrigação de órgãos e organizações públicos e privados de examinar se esse critério é adotado no momento em que uma decisão deve ser tomada em relação a uma criança e isso representa uma garantia para a criança de que seu interesse a longo prazo será levado em consideração. Deve servir como uma unidade de medida quando vários interesses entrarem em convergência (tradução nossa)⁷.

No entanto, o uso discricional do melhor interesse da criança nas decisões do Estado pode também constituir um risco para a proteção de direitos deste grupo de pessoas em situação especial de vulnerabilidade. Segundo Beloff (2009, p. 15-16):

O melhor interesse da criança historicamente funcionou como um cheque em branco que sempre permitia a quem tivesse que decidir qual era o interesse da criança —seja no nível judicial, na ordem administrativa e educacional, o corpo técnico psicólogos, etc.—, fazê-lo com níveis de discricção inadmissíveis, como em outros contextos os funcionários do Estado (tradução nossa)⁸.

7 “El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia”.

8 “El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, entre otros— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles, en otros contextos en funcionarios estatales”.

Portanto, torna-se imprescindível a fundamentação adequada das decisões com base no melhor interesse da criança, a fim de garantir que os efeitos produzidos atendam os problemas apresentados nos casos concretos e evitem novas vulnerações de direitos. Nesse contexto, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais tem realizado importantes contribuições na delimitação e compreensão do melhor interesse da criança, constituindo-se inclusive como uma fonte dinâmica no campo de direito, devido a sua constante relação com os problemas apresentados nos casos particulares (Moraes, 2014; Torrecuadrada García-Lozano, 2016; Acuña Bustos, 2019).

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, este conceito começa a ser utilizado pela Corte IDH na Opinião Consultiva OC-17, podendo ser identificado em vários parágrafos. Neste precedente, este tribunal tenta desenvolver algumas definições sobre o melhor interesse da criança os quais podem ser resumidos da seguinte maneira:

Este princípio baseia-se na dignidade do ser humano, nas características das crianças e na necessidade de promover seu desenvolvimento (CORTE IDH, 2002, § 56).

A observância do mesmo permitirá ao sujeito o desenvolvimento mais amplo de seus potenciais. Da mesma forma, as ações do Estado e da sociedade em relação à proteção das crianças e a promoção e preservação de seus direitos devem aderir a esse princípio ⁹(CORTE IDH, 2002, § 59)⁹.

Para garantir a prevalência desse princípio, a criança requer cuidados especiais, de acordo com o preâmbulo da CIDC, que está relacionado ao artigo 19 da CADH que trata de medidas especiais de proteção (CORTE IDH, 2002, § 60).

A expressão melhor interesse da criança implica que o desenvolvimento da criança e o pleno exercício de seus direitos sejam considerados como critérios norteadores para a elaboração de normas e sua aplicação em todas as ordens relacionadas à vida da criança (CORTE IDH, 2002, § 137. 2).

Nesse sentido, é possível afirmar que este princípio norteador dos direitos da criança deve ser entendido como o objetivo a ser observado por todos os Estados nas decisões que afetam às crianças e adolescentes. No entanto, o

⁹ Neste parágrafo são citados os seguintes artigos: 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40 da CIDC; e o princípio 7 da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959.

conteúdo abstrato, flexível e indeterminado deste conceito, que ao mesmo tempo possibilita seu uso perante diferentes tipos de problemas, requiere que os juízes e tribunais de justiça realizem uma atividade argumentativa encaminhada à fundamentação adequada do melhor interesse da criança em cada caso particular.

3 METODOLOGIA

Para a análise comparada das argumentações sobre o uso do melhor interesse da criança foram escolhidas uma decisão da CSJ do Paraguai e uma decisão do STF do Brasil. Nesse sentido, foi realizada uma pesquisa exploratória na base de dados de ambos os tribunais com as seguintes palavras-chave: “direitos da criança”, “melhor interesse da criança” e “superior interesse da criança”. Posteriormente, foi selecionada uma decisão de cada tribunal levando em consideração os seguintes critérios: (I) decisão relevante no âmbito dos direitos da criança, e (II) desenvolvimento argumentativo do conceito de melhor interesse da criança.

A primeira decisão escolhida é uma ação de inconstitucionalidade contra uma decisão do Tribunal de Apelação sobre restituição internacional de criança, motivo pelo qual um dos pais solicita uma medida cautelar de proteção para a permanência da criança no país¹⁰. A segunda decisão é um recurso extraordinário —tema de repercussão geral— em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou o direito de educação domiciliar (*homeschooling*) ao recorrente, em razão da inexistência de previsão legal¹¹. Ainda que as duas decisões abordem diferentes problemas sobre direitos da criança, na argumentação realizada pelos ministros dos tribunais é possível identificar o uso do melhor interesse da criança na justificação dos votos. Portanto, a análise das decisões selecionadas se limita ao uso do mencionado conceito na argumentação produzida.

A preocupação na análise dos argumentos apresentados pelos juízes guarda relação como o requisito de justificar decisões judiciais no contexto do Estado Democrático de Direito, que ao mesmo tempo, tem dado como resultado uma crescente relevância das teorias da argumentação jurídica. Para

Atienza (2005), o caráter central do argumento se deve, entre outras razões, ao fato de que, com a perda da legitimidade da tradição e autoridade, a persuasão racional emergiu no Estado Constitucional como fonte de legitimidade.

Assim, para construir um modelo de análise de decisões judiciais é necessário responder às seguintes questões que comumente aparecem no campo do Direito: como analisar, como avaliar, e como argumentar? Segundo Atienza (2013, p. 423), “as duas primeiras operações são *ex post*, ou seja, com base em uma argumentação já estabelecida, enquanto a última é *ex ante*”. Nesse contexto, Atienza (2013) identifica os elementos¹² que considera configuram o conceito de argumentação e estabelece concepções para interpretar esses elementos comuns que classifica em: formal, material e pragmática, contemplando assim abordagens relativas à lógica formal, lógica material e retórica-dialética.

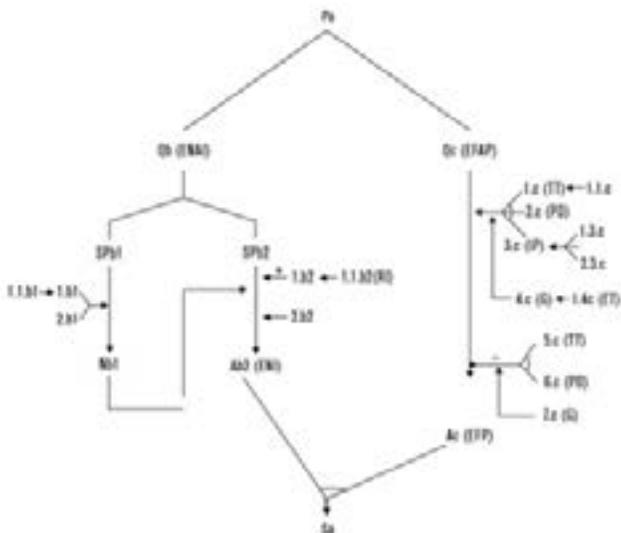
Para os fins de esta pesquisa será considerado apenas a primeira das duas operações *ex post*, quer dizer, a análise dos argumentos apresentados pelos juízes dos tribunais mencionados, a fim de identificar os elementos que fazem parte da argumentação e reconstruir o conteúdo das premissas normativas. Para análise das decisões, o método proposto por Atienza está composto por diagramas e setas que servem para diferenciar os argumentos que foram utilizados, as linhas argumentativas e os argumentos de uma decisão judicial.

10 PARAGUAI. Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia N° 438. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: Dylan Córdoba Galeano s/ Medida Cautelar. Ano: 2018, n. 91. Disponível em: <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>. Acesso em: 18. nov. 2024.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 88815. Rio Grande Do Sul / Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Brasília, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 18. nov. 2024.

12 Para Atienza (2013), os elementos que compõem o conceito de argumentação, em um nível muito abstrato, seriam: 1. Uma ação relativa a uma linguagem; 2. Pressupõe sempre um problema; 3. Envolve um processo, uma atividade e o produto ou resultado dessa atividade; 4. É uma atividade racional, no duplo sentido de que é uma atividade orientada para um fim e na qual existem critérios para avaliá-la.

Figura 1 – Diagrama de representação dos argumentos



Fonte: Atienza, 2013, p. 427

O argumento começa com a formulação de um problema, representado pela letra P maiúscula, que possui um conteúdo proposicional a. A partir daí o argumento é dividido em dois ramos, o que significa que a solução do problema depende de duas questões (cada uma representada pela letra Q, que antecede a letra proposicional). Assim, à esquerda se tem uma questão de tipo interpretativa (Qb) e na direita, uma questão de tipo probatória (Qc). Neste caso, será considerado apenas o lado interpretativo do diagrama.

Embora o diagrama de representação tenha sido projetado para analisar um caso de cada vez, o trabalho propõe-se ilustrar dois votos de casos diferentes de forma simultânea —situação fictícia—, a fim de identificar as argumentações produzidas sobre a aplicação do melhor interesse da criança. Para isso, primeiro é descrito e analisado cada decisão de forma individual, e logo depois são representados dois votos de cada uma delas.

4 PARAGUAI: MEDIDA CAUTELAR DE PROTEÇÃO E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

No artigo 175 do Código da Criança e do Adolescente (Lei N° 1.680/2001) se encontram estabelecidas as medidas cautelares de proteção para a pessoas menores de idade¹³, advertindo sobre sua diferença com a as medidas cautelares reguladas pelo Código Processual Civil. No mesmo artigo também se admite a possibilidade de estender a aplicação desse tipo de medidas, segundo é assinalado no inciso f. “as demais medidas de proteção estabelecidas por este Código, que o Juiz julgue necessárias no melhor interesse ou para a segurança da criança ou adolescente”. Igualmente, pode-se dizer que essas medidas têm como fundamento o artigo 4 da CIDC, que estabelece a obrigação dos Estados para adotar todas as medidas necessárias a fim de tornar efetivos todos os direitos reconhecidos nessa Convenção. Por conseguinte, as medidas cautelares de proteção constituem ferramentas para garantir os direitos humanos fundamentais das crianças e dos adolescentes em situações urgentes e com caráter autônomo, atendendo o seu melhor interesse.

Sobre esse último, embora a Constituição Nacional da República não se refira de maneira taxativa ao melhor interesse da criança, se prevê em seu artigo 54 *in fine*¹⁴ que, os direitos da criança em caso de conflito são predominantes. Da mesma forma, o Código da Criança e do Adolescente estabelece:

13 Cf. PARAGUAI, 2001, artículo 175 – “De las medidas cautelares de protección: Son consideradas medidas cautelares de protección: a) la guarda o el abrigo; b) la restitución en el caso previsto en el Artículo 95 y concordantes de este Código; c) la exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica; d) la hospitalización; e) la fijación provisoria de alimentos; y, f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente.”

14 Cf. PARAGUAI, 1992, artículo 54 – “De la protección al niño: La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.”

Artigo 3º. Princípio do melhor interesse da criança: Qualquer medida que seja adotada em relação à criança ou adolescente, deve estar fundamentada no seu melhor interesse. Este princípio terá como objetivo garantir o desenvolvimento integral da criança ou adolescente, bem como o exercício e pleno gozo de seus direitos e garantias (tradução nossa)¹⁵.

Enquanto à decisão da CSJ, foi escolhido o Julgamento Nº 438 da Sala Constitucional, especificamente, o voto da Ministra Miryam Peña Candia —voto vencedor—. A sentença é uma ação de inconstitucionalidade contra uma decisão do Tribunal de Apelação sobre a restituição internacional de uma criança, motivo pelo qual um dos pais solicita uma medida cautelar de proteção para a permanência da criança no país.

A ministra manifestou em seu voto que, a resolução judicial que estava sendo objeto de impugnação não pode ser considerada arbitrária porque acolhe o princípio do melhor interesse da criança, que tem status constitucional e convencional no ordenamento jurídico nacional. Assim também, observou que cada um dos magistrados que decidiram na instância anterior, analisaram profundamente as circunstâncias do caso a fim de tomar a resolução mais apropriada, baseando sua decisão final em razão do que consideraram respondia ao melhor interesse da criança. A esse respeito, no seu voto a ministra (PARAGUAI, 2018, p. 4) mencionou que:

Uma definição aproximada caracteriza o interesse da criança como o conjunto de bens necessários para o desenvolvimento integral e a proteção da pessoa e os bens de uma determinada criança, e entre esses, aquele que mais convém numa circunstância histórica determinada, analisada em particular, já que não é concebido o interesse de um menor puramente abstrato. Nesse sentido, argumentamos que o melhor interesse da criança exclui qualquer consideração dogmática para atender exclusivamente às circunstâncias particulares apresentadas em cada caso (meu voto em Ac. 63.120, Sentença de 31-11-1998; Ac. 79.931, Sentença de 22-X -2003). Especialmente em questão de pessoas menores de idade, porque tudo é marcado pela provisoriedade; assim, o que é conveniente hoje, amanhã, pode não ser mais, e, inversamente, o que parece inoportuno hoje pode se tornar relevante no futuro (meu voto em Ac. 73.811, Sentença de 27-IX-2000) (tradução nossa)¹⁶.

Na mesma linha, para justificar seu voto (PARAGUAI, 2018, p. 4), cita o voto do Dr. Pettigiani, membro do Supremo Tribunal de Justiça da Província

de Buenos Aires, no Processo “C. 101.726. M., J. F vs. M., E. J. sobre Filiação - Impugnação de paternidade”:

O tempo é um fator essencial ao momento de tornar operativo o “melhor interesse da criança”. A exigência de que esse interesse seja analisado “em particular”, bem como situar o “conjunto de bens necessários” para o menor seja integrado ao mais conveniente em “uma circunstância histórica determinada”, respondem ao lugar e o impacto transcendental que o fator temporário tem na vida dos menores ... Por outro lado, também é possível receber o princípio favor debilis ou pro minoris, com recepção expressa nos artigos 3º, 5º e subsequentes da Lei 26.061, segundo a qual, no caso de uma possível colisão ou conflito entre os direitos e interesses das crianças, frente a outros direitos e interesses igualmente legítimos, prevalecerá o primeiro. Portanto, para o bem desse melhor interesse do menor e da proteção e defesa de seus direitos, aqueles que podem invocar as pessoas adultas são relegados em uma medida razoável ... Não se trata portanto decidir uma mera adjudicação de direitos sobre um objeto inanimado ou sobre um bem abstrato, cuja substância permanecerá insensível ou inalterada diante da passagem do tempo, mas sobre o destino de uma pessoa de carne e osso, que vive, pensa, tem sentimentos, experimenta emoções, ri, chora e forja dia a dia, sua identidade e a personalidade com a qual enfrentará o resto de sua existência (voto do Juiz citado, Ac. 78.446, Sentença de 27-VI-2001) (tradução nossa)¹⁷.

Portanto, a Ministra Miryam Peña considera que, um fator determinante no momento de analisar se um Tribunal agiu de acordo com as diretrizes do devido processo legal, traçados pela Constituição e pelo Código da Criança e do Adolescente, é determinada observando se o magistrado fez uma

16 “Una definición aproximativa caracteriza al interés del menor como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto hemos sostenido que el interés superior del menor excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (mi voto en Ac. 63.120, Sentencia del 31-XI-1998; Ac. 79.931, Sentencia del 22-X-2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad; lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (mi voto en Ac. 73.811, Sentencia del 27-IX-2000)”.

avaliação correta do melhor interesse da criança. Essa avaliação inclui o respeito ao direito da criança de expressar livremente sua opinião e que esta seja devidamente levada em consideração. Segundo a ministra, existem várias regras que estabelecem a obrigação dos juízes de ouvirem as crianças antes de tomar qualquer decisão, principalmente quando se trata de adolescentes ou pré-adolescentes, conforme estabelece a CIDC em seu artigo 12¹⁸ e no artigo 167 do Código da Criança e do Adolescente¹⁹.

A ministra enfatizou também que, os magistrados que analisaram previamente o caso basearam sua decisão tanto nos resultados das avaliações psicológicas quanto na opinião da criança. Conseqüentemente, ressalta que pelo fato de ter sido levada em consideração a opinião da criança —quem na época da audiência tinha 13 anos—, pode-se afirmar que o melhor interesse da criança foi devidamente aplicado.

Em relação ao problema de fundo do julgamento em questão, referente ao pedido de medida cautelar solicitado por um dos pais para cancelar a restituição internacional da criança, a ministra (PARAGUAI, 2018, p. 7) refere-se ao artigo 9.3 da CIDC²⁰, e menciona que:

É necessário esclarecer que a ênfase aqui está no direito da criança de permanecer em contato com ambos os pais, e não no direito dos pais de manter contato com seu filho; e, portanto, nada impede que os pais que não têm convivência com a criança usem os meios processuais comuns para estabelecer um regime definitivo de relacionamento (tradução nossa)²¹.

17 “El tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el “interés superior del menor”. La exigencia de que ese interés sea analizado “en concreto”, como también el situar que el “conjunto de bienes necesarios” para el menor se integre con los más convenientes en “una circunstancia histórica determinada”, responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores... Por otro lado, cabe recibir asimismo el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3º, 5º y consiguientes de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores... No se trata en este caso de decidir una mera adjudicación de derechos sobre un objeto inanimado o sobre un bien abstracto, cuya substancia permanecerá insensible o inalterada frente al paso del tiempo, sino sobre el destino de una persona de carne y hueso, que vive, piensa, tiene sentimientos, experimenta emociones, ríe, llora y va forjando día a día su identidad y la personalidad con la cual afrontará el resto de su existencia” (voto del suscripto, Ac. 78.446, Sentencia del 27-VI-2001).

Assim, a Sala Constitucional da CSJ, por meio do voto da Ministra Miryam Peña, acompanhada pelo Ministro Antonio Fretes —voto dissidente da Ministra Gladys Bareiro de Modica—, resolveu negar provimento a ação de inconstitucionalidade promovida por um dos pais da criança.

5 BRASIL: DIREITO À EDUCAÇÃO E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), são aqueles que guardam relação com as condições econômicas e sociais básicas para o desenvolvimento de uma vida digna, e concretamente se referem ao direito à saúde, educação, segurança social, trabalho, água, vivenda, meio ambiente ecologicamente equilibrado e cultura. Sobre o direito à educação, o artigo 13 do Pacto Internacional sobre os DESCAs, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, menciona que, “a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Igualmente, a Constituição Federal do Brasil estabelece no seu artigo

18 “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

19 “[...] El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez”.

20 “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

21 “Es necesario aclarar que el énfasis aquí es en el derecho del niño a permanecer en contacto con ambos padres, y no en el derecho de los padres en mantener el contacto con su hijo; y por ello nada obsta a que el progenitor que no posee la convivencia con el niño emplee las vías procesales ordinarias a fin de que se establezca un régimen definitivo de relacionamiento”.

205 que, “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania [...]”, em consonância com o artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/1990). Enquanto a responsabilidade de garantir esses direitos para as crianças, o artigo 19 da CIDC menciona que, “caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao melhor interesse da criança”.

A relação entre o direito à educação e o melhor interesse da criança é a questão analisada na decisão do STF no Recurso Extraordinário sobre Regulação da Educação Domiciliar (homeschooling), apresentado perante o tribunal em razão da inexistência de previsão legal sobre o assunto. De acordo com o voto do juiz relator, Ministro Roberto Barroso —voto vencido—:

Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos” (BRASIL, voto do Ministro Barroso, 2018, p. 4).

Segundo o Ministro Relator, são duas as questões que precisam ser resolvidas: “têm os pais o direito à opção de, em lugar de matricular os seus filhos numa escola oficial, educá-los formalmente em casa? E, em sendo possível, que tipo de regramento deve-se aplicar no interesse da criança?” (BRASIL, voto do Ministro Barroso, 2018, p. 11).

Para o Ministro Barroso, o pedido encontra fundamento nos princípios constitucionais da liberdade de ensino²² e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas²³, especialmente quando considerada a autonomia familiar assegurada pela Constituição²⁴. Por outro lado, assinala que a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino é determinada exclusivamente pela legislação infraconstitucional²⁵, não havendo vedação no texto da Constituição, que delega aos pais o dever de prover a educação dos seus filhos.

No seu voto favorável ao recurso, o Ministro Barroso assinalou o art. 227 da Constituição Federal: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à educação, [...]”, que segundo menciona é o artigo em que se baseia toda a doutrina para extrair o princípio do melhor interesse da criança. Portanto, considera que, “sintomaticamente coloca a família na frente do Estado, no dever de prover educação” (BRASIL, voto do Ministro Barroso, 2018, p. 10). Assim também, afirma que “a educação domiciliar atende as concepções e interesses dos pais na criação dos seus filhos” (BRASIL, voto do Ministro Barroso, 2018, p. 23).

Com essas regras, segundo o ministro, se conciliam os diferentes interesses em jogo, dos pais —de poderem escolher o método educacional dos seus filhos, e, portanto, validando a escolha do ensino domiciliar—, e do Estado —por intermédio de seus órgãos, de verificar se o ensino domiciliar está efetivamente permitindo o pleno desenvolvimento daquela criança ou daquele adolescente—.

22 Cf. BRASIL, 1988, artigo 206, II: “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

23 Cf. *Ibid.*, artigo 206, III: “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

24 Cf. *Ibid.*, artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

25 Cf. BRASIL, 1990, artigo 54: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016); V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola”.

A educação deve levar em conta os valores, concepções e interesses dos pais na criação de seus filhos. O reconhecimento dos interesses da família na educação das crianças e adolescentes se justifica pela pressuposição de que os pais ou responsáveis são mais capazes de saber o que é melhor para seus filhos (ainda sem autonomia plena) do que agentes estatais, já que, em princípio, têm um vínculo de amor e cuidado mais forte, e conhecem mais profundamente suas personalidades, interesses e habilidades. São os pais os principais responsáveis pelo bem-estar, cuidado e criação dos próprios filhos. Nesse sentido, é necessário respeitar a autonomia familiar no método de ensino, de modo que a educação infanto-juvenil se dê em harmonia com as concepções, cosmovisões, valores e interesses de seus pais (BRASIL, voto do Ministro Barroso, 2018, p. 18-19).

Para o Ministro Barroso, o Estatuto da Criança e do Adolescente assinala que a interpretação deve levar em consideração o interesse superior da criança e do adolescente²⁶, que os pais têm o dever de sustento, guarda e educação dos seus filhos²⁷, e que, no processo educacional, devem ser respeitados os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura²⁸. Nesse sentido afirma que, são os pais os mais aptos a definirem se o estudo domiciliar ou escolar é a melhor opção para os seus filhos.

No entanto, a maioria dos Ministros do STF negaram provimento ao recurso extraordinário com a fixação da seguinte tese: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira” (BRASIL, 2018, p. 4). Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou que:

26 Cf. *Ibid.*, artigo 6: “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”.

27 Cf. *Ibid.*, artigo 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

28 Cf. *Ibid.*, artigo 58: “No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura”.

Há uma solidariedade no dever de fornecer a educação, tanto por parte do Estado, quanto pela família, como deixa claro o artigo 205 do texto constitucional. O artigo 227 reitera essa solidariedade, sendo dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. Portanto, não só no capítulo específico que se refere à educação, traz, no artigo 205, o dever compartilhado entre família e Estado; como também, no artigo 227, que estabelece, em relação à proteção da criança, dos jovens e do adolescente, esse dever também da Família, juntamente com o Estado e a sociedade (BRASIL, voto do Ministro Alexandre de Moraes, 2018, p. 6).

Para o Ministro Luiz Fux, uma criança é um indivíduo ainda em formação e incapaz de expressar livremente sua objeção de consciência, e que, portanto, a educação não constitui um dever apenas da família, mas também do Estado e da sociedade, o que dilui a força que o “argumento da autonomia da vontade dos pais” teria em contrapor-se às políticas públicas cunhadas à luz da proposta constitucional (BRASIL, voto do Ministro Luiz Fux, 2018, p. 5.). É nesse sentido que, o melhor interesse da criança impõe também o dever da sociedade e do Estado para resguardar as crianças e os adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Portanto, considera que:

[...] quando se trata do melhor interesse da criança e da construção de uma sociedade livre, justa e plural, por mais razão ainda, a autonomia da vontade dos pais não pode se obstar à proposta progressista da Constituição. Ao restringir o alcance da liberdade dos pais, deve-se considerar o caráter relativo dessa liberdade, a vulnerabilidade do menor e a irreversibilidade dos danos eventualmente causados pelo isolamento. É por tais razões que se deve afastar o argumento de que haveria um paternalismo em impedir que o ensino domiciliar se substitua ao ensino escolar (BRASIL, voto do Ministro Luiz Fux, 2018, p. 11-12).

6 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NA ARGUMENTAÇÃO DOS VOTOS

Embora os dois casos escolhidos não abordem o mesmo problema de fundo, em ambas as decisões o melhor interesse da criança é utilizado na

justificativa dos argumentos que foram apresentados, deixando claro que o mencionado conceito não está alheio a questões que afetam os direitos da criança, seja qual for o caso em particular. No entanto, é possível estabelecer algumas diferenças na interpretação do melhor interesse da criança nos dois casos selecionados. De certa forma, isso está relacionado ao que foi manifestado pela Ministra Miryam Peña, ao dizer que, o melhor interesse da criança exclui qualquer consideração dogmática para atender exclusivamente às circunstâncias particulares de cada caso. Ou seja, esse princípio norteador deve ser usado de acordo com o problema levantado, e principalmente atendendo de forma primordial os interesses da criança quando algum de seus direitos estivesse ou pudesse estar em risco.

Para representar os argumentos de ambas as decisões foram escolhidos os votos dos ministros Miryam Peña —voto vencedor— e Roberto Barroso —voto vencido—. Embora se trate de uma situação fictícia, porque os dois votos apresentam argumentos sobre questões diferentes, os casos selecionados tratam de problemas relacionados à interpretação de artigos constitucionais em seus respectivos países, sendo respectivamente um voto vencedor e um voto vencido. Da mesma forma, os votos dos ministros selecionados se referem ao melhor interesse da criança para justificar seus argumentos. Desta forma, se tem:

Tabela 1. Diagrama de representação

Elementos	Descrição
Pa ²⁹	Como deve ser delimitado o conteúdo e alcance do melhor interesse da criança, tendo em vista a importância deste conceito a partir do estabelecido na CIDC e nas legislações nacionais.
Qb (ENAI) ³⁰	Nesse sentido, como interpretar o artigo 3 da CIDC que se refere a este conceito, e, por conseguinte os artigos 227 da Constituição Federal do Brasil e 54 da Constituição Nacional do Paraguai, que tratam sobre os direitos da criança?
Spb1 ³¹	Enquanto ao direito à educação: conciliação entre os interesses da família e do Estado, ainda que com prioridade da família.
Spb2 ³²	Enquanto a aplicação de uma medida cautelar de proteção: proteção da pessoa e bens da criança, e por tanto o mais adequado em uma circunstância histórica determinada.

1.b1 ³³	Autonomia dos interesses dos pais
1.1.b1 ³⁴	Princípios constitucionais da liberdade de ensino e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (artigos 206 e 229 da Constituição Federal do Brasil)
2.b1 ³⁵	O reconhecimento dos interesses da família na educação das crianças e adolescentes se justifica pela pressuposição de que os pais ou responsáveis são mais capazes de saber o que é melhor para seus filhos (ainda sem autonomia plena) do que agentes estatais
Nb1	Negação das razões expostas por SPb1
1.b2 ³⁶	Inclui o direito da criança de expressar livremente sua opinião e que ela seja devidamente levada em consideração em todos os assuntos que a afetam
1.1.b2 (RI) ³⁷	Artigo 12 da CIDC e 167 do Código da Criança e do Adolescente
2.b2 ³⁸	O tempo constitui um fator essencial ao momento de fazer operativo o melhor interesse da criança
Ab2 (ENI) ³⁹	O melhor interesse da criança implica o respeito à autonomia da pessoa humana, e, portanto, o interesse da criança prevalece sobre qualquer outro interesse, inclusive da família.

Ante o problema sobre o conteúdo e alcance do melhor interesse da criança, estabelecido no artigo 3 da CIDC, e, a sua vez nos artigos 227 da Constituição Federal do Brasil e 54 da Constituição Nacional do Paraguai, referentes aos direitos da criança, foram identificados os argumentos ou suposições dos ministros do STF e CSJ respectivamente, sobre o assunto.

29 Problema.

30 Questão de tipo interpretativo. Contém um Enunciado Normativo a Interpretar.

31 Suposição (primeira).

32 Suposição (segunda).

33 Razão 1 da primeira suposição.

34 Razão exclusivamente em favor de 1.b1.

35 Razão 2 da primeira suposição.

36 Razão 1 da segunda suposição

37 Razão exclusivamente em favor de 1.b2. É uma regra de interpretação, e o signo «+» que aparece sobre a seta indica que essa é uma razão na qual o argumentador atribuiu um peso considerável.

38 Razão 2 da segunda suposição.

39 A negação de b1 é também uma razão para afirmar a interpretação contrária (b2). Contém um Enunciado Normativo Interpretado.

No voto do Ministro Roberto Barroso, sobre a necessidade de regulamentar a educação domiciliar (*homeschooling*), em razão da inexistência de previsão legal desse tipo de ensino, o ministro defende o direito dos pais de escolher o melhor sistema de educação para seus filhos —rede regular de ensino ou domiciliar—, conforme o que a família considera mais adequada, para depois perguntar-se, que tipo de regramento deve-se aplicar no interesse da criança? Segundo o ministro, o argumento se fundamenta nos princípios constitucionais de liberdade de ensino e, de pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, atendendo principalmente a autonomia familiar assegurada pela Constituição.

Ao respeito, cabe destacar que, o problema planteado perante o STF reaviva uma antiga discussão acerca dos interesses dos pais e do Estado sobre o que consideram melhor para a criança, assim como também, sobre o paternalismo jurídico justificado (Garzón Valdés, 1988; Gonzalez Contró, 2006). Essa conjuntura pode ser resumida brevemente em uma luta de poderes para decidir sobre a vida da criança, sobretudo quando se trata de questões relacionadas à proteção ou educação, na qual a participação de ambas as instituições assim como da sociedade, torna-se necessária para o desenvolvimento da criança.

Embora o artigo 227 da Constituição Federal do Brasil estabeleça o dever da família, da sociedade e do Estado em garantir, com prioridade absoluta, o direito da criança à educação, o Ministro Roberto Barroso entende que, no citado artigo, a família é colocada na frente do Estado para o cumprimento do dever de educação. E que, portanto, a educação domiciliar atende as concepções e “interesses dos pais” na criação dos seus filhos, que se justifica pela pressuposição de que os pais ou responsáveis são mais capazes de saber o que é melhor para seus filhos —ainda sem autonomia plena— do que os agentes estatais. Essa razão é reforçada, segundo o Ministro, porque os pais têm um vínculo de amor e cuidado mais forte, e conhecem mais profundamente a personalidade, interesses e habilidades de seus filhos. De este modo, para o ministro Roberto Barroso, se “conciliam os diferentes interesses em jogo”: o interesse da família e o interesse do Estado.

No entanto, como pode-se perceber, no voto analisado o melhor interesse da criança não é desenvolvido de forma adequada porque é apresentado desprovido de conteúdo. Isto se torna evidente, no sentido de que não aparece como razão que justifica os argumentos que foram utilizados, mas bem pelo contrário, tem um uso restritivo ou secundário porque brinda maior

importância à autonomia dos interesses dos pais. Nesse sentido, a dúvida na interpretação do artigo 227 da Constituição Federal, relativo ao direito à educação da criança, pode ser citado como exemplo desse uso restritivo. No postulado mencionado, assinala-se que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir o direito à educação das crianças, sendo interpretado pelo ministro, como uma superposição dos interesses da família sobre o Estado para escolher o tipo de educação mais adequado. Por tanto, a discussão sobre qual é o melhor interesse da criança em torno desse direito, não é abordada, assim como também não é mencionada a possibilidade de levantar essa questão perante os próprios titulares desse direito.

Assim também, no voto é mencionado que se trata de um “direito” da família assegurar a educação da criança, quando na verdade trata-se de um “dever”, como é destacado no voto do Ministro Alexandre de Moraes, quem entende que há uma “solidariedade no dever de fornecer a educação”, que inclui tanto o Estado, quanto a família. Essa solidariedade a que se refere o Ministro Alexandre de Moraes guarda relação com o estabelecido no ECA, e que é traduzida como a obrigatoriedade de matrícula em rede regular de ensino. Porém, para o Ministro Relator trata-se apenas de uma norma contida na legislação infraconstitucional, e que não existe vedação no texto da Constituição.

Por outro lado, no voto da Ministra Miryam Peña, referente a uma ação de inconstitucionalidade contra uma decisão sobre a restituição internacional de uma criança, a ministra argumenta sobre a legitimidade da decisão proveniente do Tribunal de Apelação e a negativa em outorgar uma medida cautelar de proteção para o solicitante da ação. Assim, sua argumentação está encaminhada a reforçar a resolução judicial objeto de impugnação porque considera que foi aplicado corretamente o melhor interesse da criança. Nesse sentido, considera que uma medida cautelar de proteção deve atender o conceito citado, entendida como, um conjunto de bens necessários para o desenvolvimento integral e a proteção da pessoa e os bens da criança, e entre eles o mais favorável em uma circunstância histórica determinada, e conforme a análise do caso concreto.

Por conseguinte, a noção do melhor interesse da criança e sua aplicação ao caso concreto merece uma contextualização adequada do problema e as condições particulares em que se encontra o sujeito de direito. Isto porque, o

tempo constitui um fator essencial ao momento de fazer operativo o melhor interesse da criança. Este argumento relaciona-se com o fato de que crianças e adolescentes estão em uma fase de desenvolvimento e que, portanto, tem especial proteção garantida em instrumentos jurídicos —nacionais e internacionais—. Portanto, as decisões tomadas sobre elas devem atingir nessa fase da vida em que a criança se encontra, motivo pelo qual é preciso celeridade na execução da decisão, tudo isso, para que outros direitos não sejam vulnerados e não impactem em seu processo de desenvolvimento.

Contudo, a ministra considera que, para avaliar a correta interpretação deste princípio deve-se incluir necessariamente o respeito ao direito que tem a criança de expressar livremente suas opiniões e que ela seja devidamente levada em consideração em todos os assuntos que lhe afetam. Para reforçar esse argumento, se serve dos enunciados estabelecidos no artigo 12 da CIDN e no artigo 167 do Código da Criança e do Adolescente. Dessa forma, e em consonância com as novas legislações sobre a infância, esse voto reforça a concepção de criança como sujeito de direito, o que implica um respeito à dignidade da pessoa humana e de sua individualidade.

Finalmente, cabe destacar que, em ambas as decisões prevaleceram as argumentações que se orientam conforme o melhor interesse da criança, tanto para a aplicação de uma medida cautelar de proteção como para assegurar o direito à educação. Para ambos os tribunais, decidir sobre uma situação que afeta a vida de uma criança consiste em garantir o cumprimento efetivo de todos os seus direitos. Em consequência, o uso do melhor interesse da criança implica o respeito à autonomia da pessoa humana, e, portanto, o interesse da criança prevalece sobre qualquer outro tipo de interesse, inclusive da família.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos votos das decisões analisadas foi examinado o uso do melhor interesse da criança em casos que foram julgados pela CSJ e pelo STF. O primeiro corresponde a aplicação de uma medida cautelar de proteção, e o segundo, sobre o direito à educação e a regulamentação do ensino domiciliar (homeschooling). No primeiro caso a CSJ assinalou que, para a aplicação de

uma medida cautelar de proteção, o melhor interesse da criança deve levar em consideração o desenvolvimento integral e a proteção da persona atendendo o que for mais favorável de acordo com a circunstância histórica determinada no caso concreto. No segundo caso, a interpretação da maioria dos membros do STF considerou que existe uma responsabilidade solidaria e compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado para garantir o melhor tipo de educação, conforme o estabelecido na Constituição, o ECA e nas normas internacionais. Em consequência, a tese do STF em relação ao caso analisado é de que não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.

Deste modo, afirma-se que o melhor interesse da criança ou interesse superior da criança não é um conceito estático e de aplicação simples, uma vez que, no processo argumentativo este conceito precisa de uma justificação adequada a fim de torná-lo operativo perante os distintos tipos de problemas que afetam os direitos da criança em cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACUÑA BUSTOS, Andrés Pablo. *Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena*. Opinión jurídica, Medellín, v. 18, n. 36, p. 17-35, 2019.

AGUILAR, Gonzalo. *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, v. 6, n. 1, p. 223-247, 2008.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derechos. Teoría de la Argumentación Jurídica*. México: UNAM, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*

BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente: lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.*

CILLERO, Miguel. *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño—OEA*, vol. 234, p. 1-13, 1997.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 5, p. 155-173, 1988.

GONZALEZ CONTRÓ, Mónica. *Paternalismo justificado y derechos del niño.* Revista Isonomía, Ciudad de México, n. 25, p. 103-135, 2006.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. *O sistema judicial brasileiro e a definição do melhor interesse da criança.* Estudos de Sociologia, Araraquara, v. 19, n. 36, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos das crianças.* Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.* Aprobada el 20 de noviembre de 1989.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos (Protocolo de Buenos Aires).* Buenos Aires, Argentina del 27 de febrero de 1967.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

PARAGUAI. *Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992*.

PARAGUAI. *Código de la niñez y la adolescencia del Paraguay: Ley 1680/01 de 2001*.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. *El interés superior del niño. Anuario mexicano de derecho internacional*, Ciudad de México, v. 16, p. 131-157, 2016.

ZERMATTEN, Jean. *El Interés Superior del Niño: Del análisis literal al alcance filosófico*. Institut international des droits de l'enfant: Institut universitaire Kurt Bösch, 2003.

Jurisprudência citada

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 888815*. Rio Grande Do Sul / Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Brasília, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 08. Out. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 14 ene. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17, del 28 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 14 ene. 2024.

PARAGUAI. *Corte Suprema de Justicia. Acuerdo y Sentencia N° 438. Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio: “Dylan Córdoba Galeano s/ Medida Cautelar”*. Año: 2019, n. 91. Disponível em: <https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>. Acesso em: 08. Oct. 2024.