

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**RACIONALIDADE TÓPICA E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

MANUELA BRAGA GALINDO

Tese de Doutorado

JOÃO PESSOA/2019

MANUELA BRAGA GALINDO

**RACIONALIDADE TÓPICA E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB como requisito parcial para obtenção do título de doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa

JOÃO PESSOA/2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G158r Galindo, Manuela Braga.

RACIONALIDADE TÓPICA E CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE / Manuela
Braga Galindo. - João Pessoa, 2019.
180 f.

Orientação: Enoque Feitosa Sobreira Filho.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Estatuto da criança e do adolescente. 2. princípio
do melhor interesse. 3. racionalidade tópica. 4.
Viehweg. I. Sobreira Filho, Enoque Feitosa. II. Título.

UFPB/CCJ

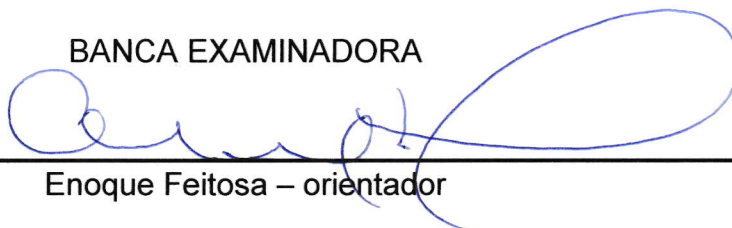
MANUELA BRAGA GALINDO

REFLEXÕES ACERCA DA RACIONALIDADE TÓPICA PARA CONCRETIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

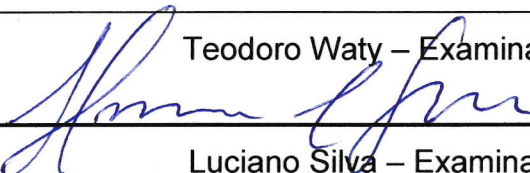
Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas da UFPB como requisito
formal para obtenção do título de
doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Enoque
Feitosa

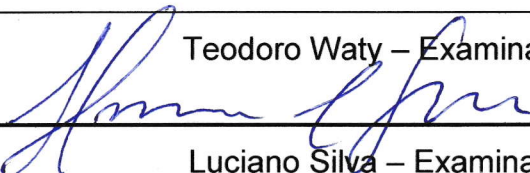
BANCA EXAMINADORA



Enoque Feitosa – orientador

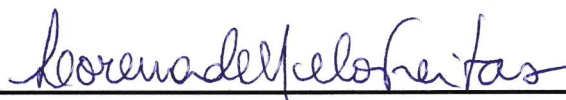


Teodoro Waty – Examinador externo

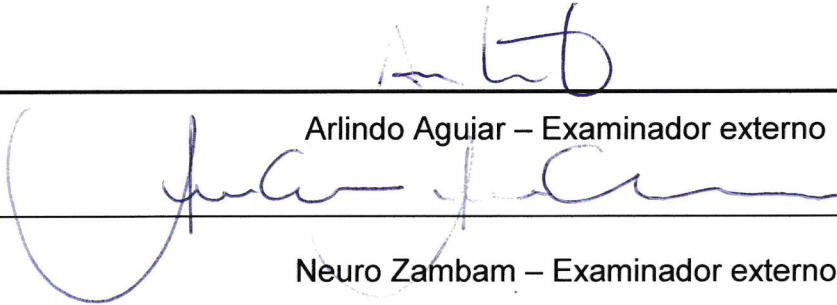


Luciano Silva – Examinador externo

Narbal Marsillac – Examinador interno



Lorena Freitas – Examinadora interna



Arlindo Aguiar – Examinador externo

Neuro Zambam – Examinador externo

Dedico este trabalho a todos aqueles que colaboraram para sua realização, meu marido, minha família, meu orientador e meus colegas de pesquisa, que ofereceram todo o suporte que precisava para essa conquista.

Agradecimentos

Ao meu marido, por todo amor, companheirismo e pelo constante apoio as minhas decisões.

A minha mãe, pois não existe outra pessoa mais orgulhosa das minhas vitórias.

A minha vó, que me ensinou por exemplos e por quem tenho admiração imensurável.

Aos meus irmãos, a quem espero guiar através de bons exemplos.

Aos meus amigos, pelo constante apoio e incentivo.

Ao meu orientador, pelo tempo despendido em meu auxílio e pelos conselhos tão valiosos, fatores imprescindíveis para a defesa deste trabalho.

Aos grupos de pesquisa Realismo Jurídico e Marxismo e Direito, pelas imensas oportunidades de engrandecimento acadêmico e por me aproximar de mentes tão brilhantes.

A CAPES, que viabilizou essa vitória através de financiamento.

“I will never, if I can help it, place myself in the power of a man who can dispose of my head, when my honor and life depend on the skill of a lawyer more than on my innocence.” Jerome Frank¹

¹ FRANK, Jerome. **Courts on trial:** myth and reality in american justice. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 40.

GALINDO, Manuela Braga. **Racionalidade tópica e concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2019. 177p. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

Resumo

O objeto da presente tese é examinar o princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro sob o enfoque da racionalidade tópica de Theodor Viehweg. Com as guerras do início do séc. XX que afligiram a Europa e o mundo, a teoria do direito e o sistema lógico-dedutivo derivado da racionalidade apodítica não puderam sustentar como ilícitas as ordens totalitárias instaladas e as atrocidades cometidas. Assim, as bases do positivismo jurídico começaram a ser repensadas na segunda metade do século. A racionalidade jurídica precisou se rearticular entre norma e valor. Nesse contexto, Theodor Viehweg publica *Tópica e Jurisprudência* em 1953, que apresenta um projeto de resgate da racionalidade tópica como alternativa para pensar a teoria do direito. Sua tese consiste em admitir que o jurista encontra os *topoi*, pontos de referência para o discurso que são legitimados pela aceitação histórica dos valores que retratam de modo a dar coerência e adequabilidade à ordem jurídica, de acordo com a particularidades do caso. O direito da criança e do adolescente, regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, preceitua a doutrina da proteção integral, que tem como princípio o melhor interesse da criança. Com isso, o procedimento judicial, que tem o condão de concretizar tais parâmetros, muitas vezes rompe com os dogmas tradicionais do direito. Para se afastar do sistema regular, a justiça competente por colocar em prática o direito da criança tem que construir argumentações valorativas que se aproximam da racionalidade tópica como ensinada por Viehweg. O problema da tese trata de investigar a incompatibilidade dos pontos de ruptura da justiça da infância e juventude com o sistema lógico-dedutivo. A tese apresenta a hipótese de que isso se dá em razão da construção de *topoi* que fundamentam argumentações aceitáveis para a garantia dos direitos superiores da criança, aproximando essa área do direito com a racionalidade tópica. A pesquisa é bibliográfica, embora se valendo de dados empíricos e jurisprudenciais para sustentar sua hipótese autoral.

Palavras-chave: Estatuto da criança e do adolescente; princípio do melhor interesse; racionalidade tópica; Viehweg.

Abstract

The object of study of the present thesis is to examine the principle of the child's best interest, which integrates Brazilian legal order, under the focus of Theodor Viehweg's topical rationality. With the wars that afflicted Europe and the world in the beginning of the twentieth century, legal theory and its logical-deductive system, derived from apodictic rationality, couldn't sustain as illicit the totalitarian orders installed and the atrocities committed. Therefore, the basis for legal positivism started to be rethought during the second half of the century. Legal rationality needed to be rearticulated between law and values. In such context, Theodor Viehweg publishes *Topic and Jurisprudence* in 1953, that introduces a project for rescuing topical rationality as an alternative to rethink legal theory. His thesis consists in admitting that the jurist finds *topoi*, reference points in the speech that are legitimated by historical acceptance of these values that they disseminate, providing coherence and adequacy to the legal order, according to the particularities of the case. The childhood law, regulated by the Statute of Child and Adolescent, affirms the full protection doctrine, that has as main principle the child's best interest. With that, the judicial procedure, which has the power to materialize such parameters, very often breaks with the traditional systems' dogmas. To break away from the regular systematic, the competent judge to materialize the best interest principle has to build arguments corroborated by values that bring a close proximity to topical rationality, as described by Viehweg. The thesis problem is to investigate the incompatibility between these break points that appear in child's law decisions and the logic-deductive legal system. The hypothesis is this happens because, to guarantee the child's best interest, the judge creates acceptable arguments based on values, the *topoi*, which brings this area of the law closer to topical rationality. The research is bibliographic, although it takes advantage from judicial and empirical data to better corroborate the author's hypothesis.

Key words: Children's rights; best interest principle; topical rationality; Viehweg.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
PARTE I – TÓPICA E RACIONALIDADE JURÍDICA.....	18
2 A JUSTIÇA E A RACIONALIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL	19
2.1 O PAPEL DA JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA	19
2.2 A RACIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO POSITIVISTA.....	24
2.2.1 <i>O sistema normativo axiomático-dedutivo.....</i>	<i>25</i>
2.2.2 <i>A verdade formal como produto da coerência e consenso limitada pela teria das provas e a conexão com a racionalidade tópica.....</i>	<i>31</i>
2.2.3 <i>A bifurcação na abordagem científica do direito: dogmática e zetética</i>	<i>45</i>
3 A RACIONALIDADE RETÓRICA E A COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO TÓPICA PARA MATERIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	50
3.1 AS PREMISSAS DA RETÓRICA CLÁSSICA.....	50
3.2 O CONHECIMENTO RETÓRICO A PARTIR DA VIRADA RETÓRICA DO SÉC. XX: TÓPICA DE VIEHWEG	62
3.2.1 <i>A definição de topos e sua presença no discurso jurídico: o desafio de flexibilizar a dogmática</i>	<i>65</i>
3.2.2 <i>A presença da racionalidade tópica problemática na perspectiva situacional da resolução de conflitos dentro do sistema lógico-dedutivo</i>	<i>74</i>
3.3 A PESSOALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O REALISMO JURÍDICO	84
PARTE II – DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA RACIONALIDADE TÓPICA	95
4 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	96
4.1 A ISONOMIA NA DISTRIBUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	96
4.2 CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE	100
4.3 A CONSTRUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA CRIANÇA.....	101
4.3.1 <i>A criança no direito internacional</i>	<i>101</i>
4.3.2 <i>A criança no direito brasileiro</i>	<i>104</i>
4.3.2.1 <i>Fase da negligência</i>	<i>104</i>
4.3.2.2 <i>Fase da imputação criminal.....</i>	<i>105</i>
4.3.2.3 <i>Fase da tutela.....</i>	<i>106</i>

4.3.2.4 Fase da proteção integral.....	110
4.4 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	112
4.4.1 <i>Os princípios característicos da proteção integral</i>	115
4.4.2 <i>A estipulação da guarda como forma de combater e prevenir a alienação parental como demonstrativo prático do princípio do melhor interesse</i>	122
5 O PROCESSO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E A VERIFICAÇÃO DA RACIONALIDADE TÓPICA DE VIEHWEG PARA GARANTIA DE DIREITOS ..	130
5.1 A REALIDADE SOCIOAFETIVA NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO COMO INCORPORAÇÃO DA RACIONALIDADE TÓPICA NO SISTEMA LÓGICO-DEDUTIVO.....	131
5.2 A TÓPICA NO PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE: APLICAÇÃO DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE COMO ÚLTIMO RECURSO EDUCATIVO	140
5.3 A INEFICÁCIA MATERIAL DA REVELIA NO PROCESSO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E SEU TRATO TÓPICO	144
5.4 A TÓPICA NA EXCEÇÃO DA CONFISSÃO COMO PROVA DE CARÁTER DEFINITIVO NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS	150
5.5 USO DE PROVAS ILÍCITAS PARA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: UMA ARGUMENTAÇÃO TÓPICA	152
5.6 O <i>HOMESCHOOLING</i> E O DEBATE DE RUPTURA DO ENSINO BÁSICO OBRIGATÓRIO	158
5.7 A OBRIGATORIEDADE DO ATENDIMENTO MÉDICO À CRIANÇA SOB RESPONSABILIDADE DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: A TÓPICA NA RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE.....	163
6 CONCLUSÕES	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172

1 INTRODUÇÃO

A tópica jurídica contemporânea surge da obra de Theodor Viehweg, sobretudo com a publicação de *Topik und Jurisprudenz*, em 1953. Resgatando o ensino que remonta a Aristóteles, Viehweg defendeu que o pensamento jurídico é tópico, o que revolucionou a discussão acerca da metodologia do direito à época.

Trata-se de uma contraposição ao formalismo jurídico, cujo exemplo mais conhecido é o positivismo legalista esboçado pela Escola da Exegese, na França. Entretanto, embora se oponha ao positivismo formalista, não abandona para o jusnaturalismo, nem rechaça radicalmente a sistemática, a metódica e a normatividade do direito.

A tópica foca a atenção do intérprete no problema, e não nos dispositivos legais aplicáveis. O problema é que determina a decisão a ser tomada, que deve ser não somente justa, mas justa no caso concreto.

O problema, para Viehweg, seria toda questão que aparentemente permita mais de uma resposta e que requer, necessariamente, um entendimento preliminar de acordo com o qual toma o aspecto de questão que se deve levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução². Assim, o sistema de normas e os métodos clássicos de interpretação passam a ser considerados como pontos de vista ou *topoi*, que consistem em instrumentos auxiliares que o intérprete, em presença do problema, poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme avalia para lograr a solução.

Os *topoi* são submetidos a opiniões favoráveis e contrárias, a fim de descobrir qual a interpretação mais conveniente. Compreendidos como esquemas de pensamento, formas de raciocínio, formas de argumentação, pontos de vista ou lugares-comuns, os *topoi* são extraídos de princípios gerais, decisões judiciais, crenças e opiniões comuns, tendo como função intervir na discussão em torno de um problema concreto a ser resolvido.

Na utilização de múltiplos *topoi*, tem-se a intenção de produzir uma decisão adequada ao caso concreto, através de um processo aberto de argumentação. O

² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 34.

consenso é o ponto de apoio e uma compreensão prévia dos fatos e da norma é o ponto de partida.

O direito puramente normativo, tal como prezado pelo Estado legalista, levou a civilização ao desastre do nazi-fascismo, que se desenvolveu não só respeitando as leis locais, mas em um ambiente de primor pelo cumprimento da lei. Com isso, a regra por si só entrou em crise, não mais proporcionava segurança, não desempenhava o papel de garantir resultados jurídicos aceitáveis por uma determinada comunidade.

A tópica se caracteriza por uma considerável abertura procedimental, em que não há uma interpretação pré-constituída a ser perfilhada pelo intérprete/aplicador. A interpretação é, assim, um processo aberto de argumentação entre os vários participantes, através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma ao problema concreto. Os aplicadores-intepretadores servem-se de vários *topoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto normativo, a interpretação mais conveniente para o problema.

A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*ars inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: servir de auxiliar de orientação para o intérprete; construir um guia de discussão dos problemas; permitir a decisão do problema jurídico em discussão.

As críticas à tópica, ou ao método tópico-problemático, apontam a ausência de uma investigação lógica, científica e sistemática; a possibilidade de ensejar o decisionismo, ou seja, a total discricionariedade na aplicação do direito; o equívoco de se partir do problema para a norma, e não o inverso. A tese aborda as referidas críticas, especialmente ao argumentar que a lógica jurídica se mostra falha na prática; que o intérprete/juiz depende do consenso advindo da aceitação dos sábios ou notáveis para decidir com fundamento nos *topoi*; e a viabilidade de praticar justiça ao utilizar da racionalidade tópica.

A tópica é, assim, tomada estruturalmente pela retórica, orientado para problemas e oferece combinação de pontos de vista – *topoi* – que são discutíveis. Suas formulações retratam estados progressivos de problemas particulares. O sistema é aberto e está à disposição de novos ponto de vista. A tópica renuncia a ideia de argumento definitivo e recomenda o método argumentativo dialógico. Sua última razão, o o argumento final, é o razoável.

A teoria dogmática em torno do processo judicial, no entanto, é fundamentado na racionalidade apodítica, a de premissas necessárias. Com efeito, o procedimento é dotado de normas pré-estabelecidas que já definem, de antemão, não só os meios pelos quais os eventos serão transportados aos autos, mas também o valor que será atribuído a determinadas provas. Respeitando essa ferramenta, o trabalho do magistrado é aplicar objetivamente a norma jurídica.

Com essas reflexões que o sistema dedutivo, com a influência do racionalismo moderno, fez o direito absorver o método dedutivo, nos moldes dos sistemas axiomáticos matemáticos de premissa absolutas e verdadeiras, como na geometria ou aritmética. Os axiomas nos quais se fundam as deduções não são racionais, no sentido de que não valem sempre e em qualquer lugar, mas são tomados dos textos normativos e por isso, impõe-se uniformemente a todos os casos concretos através da dedução.

Assim acontece pois o direito tem um desafio de ordem prática. Precisa resolver os conflitos sociais imediatamente. Para isso o procedimento judicial se envolve de forma rígida, que dá a sensação de objetividade ao processo e de segurança e certeza.

O sistema axiomático-dedutivo parte do pressuposto de que existe um método que permite processar corretamente as informações. Do cruzamento entre as informações chega-se a uma conclusão supostamente verdadeira. É uma clara aproximação com as ciências da natureza.

Mas o mundo da cultura aprendeu a relativizar, a ciência como demonstração entrou em crise. Ciências antes tão absolutas passaram a entender que suas premissas também podem ser circunstanciadas; admite-se até a relativização do espaço e do tempo. O sistema dedutivo pressupõe, assim, universalidade, enquanto que a decisão judicial fundada no objetivo de fazer justiça pressupõe particularidade e relativização.

Com isso, para Viehweg, o estudo do raciocínio jurídico pode ter dois enfoques diferentes. No primeiro o aspecto pergunta é acentuado; os conceitos, as dimensões que constituem a norma e a própria norma são objeto de reflexão, são postos em dúvida. Isso confere à estrutura do direito característica latente; ele se conserva um *dubium* antes da tarefa de resolver os conflitos, resiste o caráter problemático. No segundo enfoque predomina o aspecto resposta do direito. Isto é, põe-se de lado os questionamentos e preocupa-se com as soluções que a norma

pensa para os possíveis conflitos; a função do direito é agir. Na nomenclatura de Viehweg tem-se, nessa ordem, zetética e dogmática jurídica³.

Assim, num esquema de perguntas e respostas, como é o processo judicial, pode-se dar mais importância as perguntas ou as respostas. Se se dá atenção às perguntas permite-se questionar desde os conceitos até a própria necessidade de questionamento; é a zetética. Se o enfoque está nas respostas preocupa-se com a ação e tais direções são deixadas fora de questionamento; é a dogmática.

A hermenêutica dogmática não é tão livre quanto a zetética porque não pode questionar suas hipóteses; ao contrário, tem que estar ligado a elas. É na perspectiva zetética portanto, que se encontra a abordagem sobre o direito que permite enxergar como a tópica esta imbrincada no sistema jurídico. O sistema tópico é aberto, permanece em movimento disposto a aprender com os argumentos e construir novas premissas.

O sistema axiomático-dedutivo se concentra no enfoque dogmático, ao se preocupar unicamente com as respostas que a ordem jurídica tem que dar para encerrar os conflitos sociais. Os juristas tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que as zetéticas.

As questões jurídicas, no entanto, não se reduzem a convalidar dogmas, na medida que as ações linguísticas que estruturam a dogmática, na forma de argumentar, e até mesmo os próprios dogmas podem ser submetidos a questionamento que por sua vez, exige fundamentação e justificação facilitando a orientação da ação. Essa necessidade é suprida quando o intérprete, o juiz, perante o conflito social se volta a um valor, geralmente revestido de forma no sistema lógico-dedutivo na qualidade de princípio geral do direito. Esse valor é um *topos*, um ponto de partida que serve para orientar a decisão judicial e construir um argumento que parece mais razoável para fazer justiça no caso concreto.

O regime jurídico do direito da criança e do adolescente no Brasil, na presente tese, serve de paradigma para as ideias expostas por Viehweg. Na década de 80, após a Convenção sobre Direitos da Criança, a busca pela democracia e garantia de direitos fundamentais tornou-se mais concreta com o advento da Constituição de 1988, que deu maior ênfase à proteção e à garantia

³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 76.

dos direitos da criança e do adolescente, tirando a responsabilidade plena do Estado e atribuindo-a também à família e à sociedade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) inaugura a era da proteção absoluta instaurando a chamada doutrina de proteção integral.

A base doutrinária do Estatuto da Criança e do Adolescente é o reconhecimento deles como sujeitos de direito e sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

É justamente por dar ênfase ao bem estar e interesse da criança de maneira primordial que o ECA e sua doutrina da proteção integral parece ser um retrato das ideias da racionalidade típica de Viehweg. Para garantir a proteção integral da criança, juízes e promotores, muitas vezes, tem que utilizar, dentro do procedimento judicial, um sistema de argumentação fundada no ponto de vista do melhor interesse, que é, em regra, aceito por todos. Essa argumentação permite ao Judiciário se desviar da lei, a medida que desenvolve uma alternativa de resolução do problema que parece razoável, se se toma como parâmetro primordial não a confirmação da regra, mas a feitura da justiça diante do melhor interesse da criança.

Assim, nos procedimentos que envolvem interesses de crianças e adolescentes, o direito perde sua característica punitiva e sancionadora e ganha nuances de assistencialismo e proteção. As referidas nuances se refletem nos princípios da proteção integral, da primazia absoluta e do melhor interesse, como se estudará.

Com essas reflexões, o trabalho começa tentando responder à pergunta central: como se dá a garantia dos direitos da criança e do adolescente, levando em consideração o princípio do melhor interesse derivado da doutrina de proteção integral? Ao longo dos quatro capítulos que estão por vir, a tese constrói os argumentos que giram em torno das dificuldades de colocar em prática as garantias dadas em direito às crianças, especialmente no que concerne a importância do princípio do melhor interesse.

O desafio está em admitir que é necessário, para assegurar o melhor interesse de cada criança em cada caso concreto, entender o que constitui seu melhor interesse de fato. Essa análise circunstancial permite uma pluralidade de argumentos que ganham mais ou menos força a partir da razoabilidade.

O sistema jurídico, justificado pela dedução, presuppõe que as decisões judiciais devem ser um mecanismo de confirmação da norma, o que gera uniformidade. Assim que, para melhor explicar as divergências decisórias que se observa na prática do direito da criança, a tese se volta para a tópica jurídica.

A racionalidade tópica rompe com o método sistemático-dedutivo, com a lógica formal que interpreta o direito como um sistema fechado. Tem ideia contrária, interpreta o direito como um sistema aberto em não há certezas absolutas, nada é indiscutível. Parte do provável ou aceitável, de conhecimentos fragmentários, ou seja, seus pontos de partida são abertos para discussão, são tentativas eternas de compreensão.

Nesse contexto, a tópica se caracteriza como uma forma de raciocínio que lida de modo pragmático com uma problemática, na medida em que sua validade não está imbricada numa lógica sistemático-dedutivo, mas na situação base da qual o discurso é proveniente.

Assim, na tentativa de responder à questão apresentada, o trabalho traz a hipótese inicial: o debate para garantia dos direitos da criança no procedimento judicial, através da articulação da decisão, segue uma racionalidade tópica, pois não pensa para corroborar o sistema, mas a partir do problema. Em outras palavras, os operadores do direito com competência para materializar o melhor interesse da criança estão menos preocupados em sucessivamente reafirmar a ordem normativa e mais coadunados com a perspectiva circunstancial. Eles se permitem avaliar cada situação para construir argumentos fundados em opiniões aceitáveis e alcançar o objetivo do melhor interesse.

Dessa forma, a tese defende a hipótese pela qual, no direito da criança e do adolescente, existe a pluralidade argumentativa que o distancia dos dogmas e articula decisões que, por vezes, são até mesmo contrárias ao sentido estrito da lei e que isto se dá como produto da racionalidade tópica.

Para defender esta hipótese a tese é dividida em duas partes e cada uma delas, por sua vez, é dividida em dois capítulos.

Na primeira parte do trabalho estuda-se o desafio de compreender a construção das ferramentas que compõem o processo decisório, como absover os fatos e garantir justiça de acordo com o sistema normativo. O primeiro capítulo compreende como se dá o pensamento jurídico contemporâneo dentro do sistema lógico-dedutivo e apresenta a bifurcação apresentada por Viehweg, que propõe

serem duas maneiras possíveis de se debruçar sobre a teoria do direito, a zetética e a dogmática.

Nesta primeira etapa do trabalho, portanto, vai-se trabalhar as características do sistema normativo e do processo decisional. Entende-se que o direito deriva sua forma de resolver conflitos da racionalidade apodítica, tentando ao máximo aproximá-lo das ciências naturais, de modo a garantir certeza e segurança da sociedade no Estado, que detém o monopólio da resolução do conflito social.

No segundo capítulo da primeira parte, o trabalho enfrenta o desafio de compreender a racionalidade tópica, partindo da retórica clássica de Aristóteles, até a tópica de Viehweg. Com isso tem-se em mãos as ferramentas para entender como o direito da criança e do adolescente permite-se pensar a partir do problema para garantir o melhor interesse da criança a cada caso concreto.

Compreendendo desde as características da retórica clássica até mais aprofundadamente a tópica jurídica nos moldes de Viehweg, a tese pode se munir das ferramentas que permitem argumentar que a garantia do melhor interesse da criança deriva na análise circunstancial do caso concreto. Para colocar em prática referido princípio os juristas buscam entender o que parece ser a solução mais razoável e estão mais propensos a afastar-se da confirmação dos dogmas para assim fazer.

Na segunda parte, também dividida em dois capítulos, vai conhecer a natureza do direito da criança e do adolescente. No primeiro capítulo estuda-se a construção e características do direito da criança e do adolescente, apresentando suas características gerais, atores sociais e princípios gerais. Essa apresentação do Estatuto da Criança e do Adolescente se faz necessária já que, antes de entender quando a decisão judicial se afasta da confirmação do sistema, é preciso conhecer o sistema normativo de que trata especificamente.

No segundo capítulo, dedica-se a entender as peculiaridades da sua aplicação nos problemas reais. É neste segundo capítulo da segunda parte que o trabalho argumenta a comprovação da tese central de que o direito da criança se permite romper com os parâmetros lógico-dedutivos, que reveste o sistema normativo desde a ascensão do positivismo, quando, no caso concreto o magistrado se depara com uma argumentação que o convence que o melhor interesse da criança será preservado de maneira diferente. Ele prefere uma

racionalidade argumentativa para concretizar a doutrina da proteção integral. Afinal, a confirmação da norma não pode ser legitimada apenas pela proteção da tradição quando o bem estar de crianças está sendo defendido.

PARTE I – TÓPICA E RACIONALIDADE JURÍDICA

2 A JUSTIÇA E A RACIONALIDADE DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

A tese argumenta a ideia central de que nos processos que tratam de crianças e adolescentes os parâmetros formais de aplicação da norma são revestidos de racionalidade tópica, ao permitirem que o argumento justifique o afastamento de certos dogmas, afastando a racionalidade do sistema dedutivo.

Antes de adentrar o direito da criança e mostrar as evidências de tal defesa, faz-se necessário entender quais são afinal os parâmetros formais que, a rigor, todo processo judicial deve obedecer. Discute-se, portanto, a postura da dogmática jurídica acerca do processo judicial para, no capítulo seguinte, compreender a tópica jurídica, que permite justificar as diferenças no processo da criança e do adolescente.

2.1 O PAPEL DA JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE JURÍDICA

O direito é uma ciência social porque se ocupa de relações sociais⁴. Dentro de qualquer agrupamento de pessoas, na condução das referidas relações sociais, uma das questões primordiais deve ser a formulação do seu conceito do que é justo. Essa opinião acerca do que é justo cumpre a função social de coordenar o comportamento das pessoas. A opinião jurídica estabelecida passa a ter caráter de obrigatoriedade e pode portanto, ser racionalizada⁵. As ciências sociais, portanto, preocupam-se com o problema da justiça. A construção do procedimento judicial gira em torno do que é a justiça.

Para Kelsen, justiça é o que se adequa as normas de uma ordem social justa. Mas que ordem social justa é essa? Seria aquela ordem que regula os homens de modo que todos encontrem nela felicidade⁶. Dessa forma, falar em anseio por justiça é o mesmo que dizer que existe na sociedade anseio por felicidade.

No entanto, é inevitável que, vivendo em sociedade, a felicidade de um cidadão entre em conflito com a de outro. Se um gerente tem em mãos a decisão de promover uma de duas pessoas para determinado cargo, o mais justo é que

⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p.129.

⁵ Ibid., p.16.

⁶ KELSEN, Hans. **Qué es justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 36.

escolha a mais capacitada. Se, porém, ambas forem igualmente capacitadas? A decisão deve tomar outros aspectos subjetivos que de uma forma ou de outra vai deixar um deles insatisfeito. Tem-se aqui o problema de ser impossível fazer duas pessoas felizes, o que prejudica o próprio conceito de justiça.

Uma das dificuldades de fazer justiça na ordem social é que a natureza é injusta nas suas diferenças e por isso a ordem social não pode sempre fazer a compensação⁷. Assim, a felicidade para a ordem social não pode ser considerada nesse sentido subjetivo individual, mas no sentido objetivo coletivo. Já que não se pode falar na possibilidade de fazer todos felizes, seria necessário trabalhar para fazer o maior número de pessoas felizes. Tem-se assim que a felicidade deve ser social.

A ideia de felicidade socialmente reconhecida é diferente da de felicidade original. A felicidade social deve ser a satisfação de certas necessidades colocadas pela legislação⁸. A alteração no sentido do termo para caber nos padrões da sociedade é parecido com o que acontece com a liberdade. A liberdade plena efetivamente significa, dentre outros, não ser limitado pelo governo de terceiro, mas acaba transformada na ideia de que a liberdade existe se for controlada por um governo da maioria. O que acontece é que esses conceitos individualistas são incompatíveis com o bem comum, que é mote da organização social, estão são remanejados semanticamente e adaptados pela própria sociedade.

Mas que necessidades ou interesses a sociedade deve proteger para cumprir os requisitos de aquisição de felicidade social? Existe hierarquia quando alguns deles entram em conflito? É isso que a justiça vai determinar, que interesse deve ser beneficiado em detrimento de outro.

No entanto, um conflito de interesses é um conflito de valores determinados por prerrogativas pessoais. Portanto, a justiça e a própria felicidade social dependem de valores individuais. Se alguém tem convictamente a vida como valor supremo não pode defender a pena de morte ou a guerra, mas se outro defende que a honra do Estado deve estar acima de tudo, pode defender a morte dos inimigos do Estado e dos criminosos. Ambos são juízos válidos, que se sujeitam a juízos de valor e não podem ser decididos cientificamente⁹.

⁷ Kelsen, Hans. **Qué es justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 37.

⁸ Ibid., p. 38.

⁹ Kelsen, Hans. **Qué es justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 39.

O sistema de valores individual de cada cidadão vem de circunstâncias políticas, sociais e econômicas comuns, por isso é também um fenômeno social. Portanto, os conflitos de valores são ao mesmo tempo, por natureza, individuais e sociais¹⁰. No entanto, não existe resposta racional para esses conflitos, como no exemplo da promoção de dois indivíduos igualmente capacitados. O procedimento judicial, diante dessa dificuldade, é pensado de maneira objetiva, racional e formal, de modo que tenha validade geral e inquestionável e, portanto, mascara a natureza subjetiva e relativa da decisão judicial. Assim o faz muito embora da ideia que os legisladores e juízes fazem da sua missão, quedepende do seu consciente¹¹.

O que ocorre é que o ser humano sente a necessidade de justificar suas condutas emocionais de maneira racional. Essa necessidade de justificação tem a ver com a ideia de que seus meios justificam certo fim. A ideia é que os fins são os parâmetros de justiça que garantem a felicidade social, enquanto os meios são as medidas sociais usadas para atingir os fins. A relação entre meios e fins, portanto, é uma relação de causa e efeito. No entanto, como aponta Kelsen, não é possível ter uma visão profunda dos nexos causais provocados pelos meios até efetivamente estarem em movimento.

Um dos fins para a justiça e felicidade social seria, por exemplo, evitar o crime. Para escolher entre pena de morte e encarceramento o legislador teria que conhecer os efeitos que a ameaça de cada pena teria no criminoso. A ideia de que a pena de morte justificaria seu uso porque traria uma sociedade sem crime (os fins justificam os meios) só é possível se realmente conhece os meios, conhece os efeitos da pena de morte ou do encarceramento naquela sociedade. Assim, para ele, o problema da justiça não se resolve com a aplicação da causa e efeito os fins justificam os meios¹².

O discurso dos fins justificam os meios corresponde a perspectiva absolutista do jusnaturalismo, em que todas as medidas valem para assegurar aquele direito natural absoluto. A violência, portanto, é justificada na perspectiva jusnaturalista quando usada para efetivar fins de natureza absoluta. Assim, se os fins são justos os meios podem ser violentos¹³. Mas se se pensa, na perspectiva

¹⁰ Kelsen, Hans. **Qué es justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982, p. 42.

¹¹ Atienza, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 105.

¹² Kelsen, op. cit., p. 44.

¹³ Benjamin, Walter. **O anjo da história**. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autentica, 2013, p. 59.

aqui trazida, que justiça é a felicidade social, ou a felicidade do maior número de pessoas, não há que se falar em valor último absoluto, mas série de garantias que devem ser afirmadas e, para isso, não se pode assumir qualquer meio ou medidas, pois desconhece os efeitos desses.

Assim, Viehweg proclama que a questão da definição do que é justo aqui e agora é a aporia fundamental¹⁴. A situação insolúvel do direito, para a qual não há caminho único, seguro ou predeterminado, a questão para a qual não se pode obter resposta, a aporia fundamental é: o que é justo aqui e agora¹⁵? Exatamente por ser impossível sistematizar a justiça a tópica se prova imprescindível para o direito. Se se leva em consideração que o melhor interesse das crianças é um valor de justiça que deve ser garantido pelo direito, admite-se que cada caso que envolva proteção da criança deve ser analisado e argumentado de acordo com essa perspectiva, mesmo que fora – ou contrário- aos limites do dogma jurídico fixado. A discussão específica acerca da tópica, bem como os direitos da criança se farão mais adiante em capítulos específicos.

O sistema normativo serve, com isso, o propósito de garantir em ultima *ratio*, justiça. O direito objetivo, o conjunto das normas admitidas pelo Estado, aparece com o intento de responder a referida pergunta, a grande aporia fundamental¹⁶. Os conceitos que na aparência são de pura técnica só recebem sentido a partir da questão da justiça.

Mas o direito tem um desafio de ordem prática. Precisa resolver os conflitos sociais imediatamente. Para isso o procedimento judicial se envolve de forma rígida, que dá a sensação de objetividade ao processo.

Um dos problemas que se faz necessário enfrentar quando se discute justiça, procedimento institucionalizado e rigidez, é a questão do porque o Estado precisa concretizar esses preceitos. A necessidade da forma na decisão judicial também é problema de segurança e, tangencialmente, de segurança jurídica.

O discurso da segurança jurídica está bastante aproximado da questão da segurança pública. A ideia de segurança jurídica nasce da necessidade de se ter segurança na sociedade ou, em outras palavras, segurança pública.

¹⁴ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 78.

¹⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 96.

¹⁶ Ibid., p. 99.

A vinculação entre segurança pessoal e segurança jurídica pode ser exemplificada na discussão sobre o meio. O meio nada mais é que uma série circular de causas e efeitos gerada pela aglomeração desordenada de pessoas, que estrutura as cidades e a maneira de se construir a sociedade. No início, o ajuntamento de indivíduos sem qualquer estrutura provocava miasmas, já que não havia coleta de lixo ou rede de esgoto. Com miasma se tinha muitas doenças endêmicas que, por sua vez, causavam mortes. Com muitas mortes e nenhuma estrutura organizada para destinação de corpos, mais miasma¹⁷.

Esse círculo de causa e efeito em que um efeito volta a se tornar causa do outro fundamenta a vontade de segurança. O anseio por segurança é expressado hoje através da segurança jurídica e da ideia de certeza e de procedimento rígido nas relações entre indivíduo e Estado ou entre indivíduo e outro indivíduo regulada pelo Estado.

A ideia na segurança jurídica é que um governo organizado possa contornar essas situações desagradáveis da vida social. A maneira que esse governo pode assim fazer dentro do Estado democrático de direito é através da lei, do procedimento judicial e da justiça. Por isso a sensação de dependência dos cidadãos em relação à legislação e manutenção e respeito das normas escritas. A aplicação da norma não agrada por ser o mais certo, mas porque não contradiz os ideais estabelecidos¹⁸, mantendo a ordem.

O próprio Estado nasceu com o objetivo inicial de atingir segurança e vive para garanti-la. É o que afirma Canotilho:

(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.¹⁹

Assim, como afirma Canotilho, tem-se que a segurança pública é uma necessidade do indivíduo. Por isso, para conquistar a segurança pública é

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 89.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009, p. 252.

necessário segurança jurídica e a confiança do cidadão no Estado que a segurança jurídica proporciona. Dessa forma, a segurança jurídica ao mesmo tempo em que, indiretamente, garante a segurança pública também garante a confiança no Estado, o que permite a este manter a paz através do direito.

Assim, por essas razões, para garantir justiça e segurança, o Estado envolve o procedimento judicial de forma institucionalizada de modo a concretizá-las. Essa forma depende, no entanto, de diversos fatores de ordem subjetiva. No entanto, o principal fator condicionante para a justiça é o conhecimento da realidade, dos fatos acontecidos e agora julgados. Mas como determina-los? Como garantir que a decisão vai concretizar o parâmetro de justiça?

A justiça é conceito relativo, como estabelecido; trata de sobreposição de valores. Mas como se mantém a necessidade de procedimento rígido e absoluto, o procedimento judicial se vê adstrito a parâmetros de um sistema pré-determinado, de modo que possa transmitir princípios absolutos de justiça.

Para melhor entender como o processo judicial mantém a fixação rígida diante da garantia de valores relativos de justiça é necessário antes entender como funciona esse procedimento.

Dessa forma, a tópica jurídica está imbrincada com as referidas discussões. A tópica de Viehweg pressupõe que a argumentação jurídica enfrenta os problemas de responder o que é a justiça. Para ele, não haveria criação do sistema jurídico se não para fazer justiça. Por esta razão, se não se pode separar a tópica do direito, também não se pode separá-la da questão da justiça.

2.2 A RACIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO POSITIVISTA

Para compreender a relação entre a argumentação tópica e a garantia do direito da criança e do adolescente é necessário enfrentar a relação que a garantia de direitos no procedimento judicial tem com a própria racionalidade do sistema jurídico.

Para o direito da criança, por causa da sua construção baseada na doutrina da proteção integral, princípio do melhor interesse e da primazia absoluta, é tão relevante conhecer profundamente os fatos e as razões dos acontecimentos que, muitas vezes, os parâmetros normativos que limitam seu conhecimento em outros procedimentos judiciais são relevados. Assim, muitas das limitações legais

trazidas pelo sistema são desconsideradas com o fundamento do melhor interesse da criança.

Assim se faz criando uma argumentação tópica valorativa que convence acerca da importância de certos parâmetros normativos sobre outros através de ponderação interpretativa. Do mesmo modo, tal construção argumentativa se faz para efetivar o parâmetro de justiça determinado pelo documento do Estatuto da criança e do adolescente.

Com essas observações iniciais o trabalho decide, antes de mais nada, enfrentar o problema de como se dá a racionalidade do sistema jurídico que se propõe a garantir esses valores.

2.2.1 O sistema normativo axiomático-dedutivo

A partir do fim do início do séc. XX e mais especialmente do fim da Segunda Guerra, o estudo da linguagem e da retórica ganharam espaço nos campos das ciências sociais e com o direito não foi diferente.

Viehweg defende, no entanto, que este não é o primeiro momento em que se discute o papel da argumentação no sistema jurídico. Para ele, os sistemas romanos e ocidentais na Idade Média eram pensados na forma da jurisprudência tópica. Da mesma forma o sistema dedutivo não ganhou a mesma popularidade na *common law*²⁰.

Antes de mais nada, importante afirmar que o termo jurisprudência nesta tese ganha o sentido de ciência do direito, o conjunto dos discursos que são feitos pelos especialistas nos diversos ramos do direito com base nas decisões dos tribunais e no desenvolvimento de conceitos jurídicos²¹. Contrariando o sentido doutrinário que ganhou no Brasil, conceituação mais simplista, que chama jurisprudência de conjunto das decisões dos tribunais.

A tópica, portanto, para Viehweg moldou o *ius civile* romano na medida em que se tinha lá um conjunto de regras validadas por especialistas na área que, na mesma medida, com o passar do tempo, mudavam de opinião apresentando e naturalizando uma nova forma de resolver o mesmo problema com base numa

²⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p. 82.

²¹ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p.12.

argumentação jurídica²². Da mesma forma, na Idade Média o estudo do direito era precedido pelo estudo da retórica.

Na Idade Moderna, por influência do Iluminismo e da Revolução Francesa, o Ocidente optou por abandonar a tópica, substituindo-a pelo método lógico-dedutivo²³. Perelman concorda traçando o mesmo histórico em Roma e durante a Idade Média e, com isso, afirmando que o raciocínio jurídico nesses períodos era fundado na argumentação.

Isso muda com os jusracionalistas da modernidade, que afirmam que o direito é a vontade do soberano ou produto da vontade geral. Essas ideias convergiram na Revolução Francesa e determinaram a nova concepção do direito. O Código de Napoleão arremata a compreensão e ajuda a difundir-la: direito é o conjunto de leis que são expressão da soberania nacional²⁴. O papel do juiz é reduzido à obrigação de aplicar o texto da lei. Surge o positivismo jurídico. As democracias modernas ainda estão sedimentadas no modelo positivista pós-iluminista que propõe um sistema constituído de normas²⁵.

A ciência do direito desde então usa a lógica que se apresenta de forma matemática para conhecer o sistema jurídico com exatidão²⁶. Mas, afinal, que significa ser positivista? Qual é a lógica jurídica baseada na forma?

Muitos juristas podem dizer que se consideram positivistas porque acreditam no sistema que os obriga de acordo com os parâmetros da Constituição, das leis e outras normas válidas. Assim, pensam positivamente; evitam o pensamento transpositivo, ou que desafia a norma²⁷.

O sistema dedutivo, com a influência do racionalismo moderno, fez o direito absorver o método dedutivo nos moldes dos sistemas axiomáticos matemáticos de premissas absolutas e verdadeiras, como na geometria ou aritmética. Os axiomas nos quais se fundam as deduções não são racionais, no sentido de que não valem sempre e em qualquer lugar, mas são tomados dos textos normativos e por isso,

²² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 68.

²³ Ibid., p. 68.

²⁴ Ibid., p. 107.

²⁵ SOBOTA, K. Não mencione a norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

²⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p. 39.

²⁷ Ibid., p. 56.

impõe-se uniformemente a todos os casos concretos através da dedução²⁸. O que se apresenta no referido sistema é a busca de objetividade dentro de uma ciência naturalmente relativa. A solução para essa contradição é elevar a relatividade à totalidade²⁹.

Nesse sistema axiomático-dedutivo, ou ainda lógico-dedutivo, toda premissa é reconduzida a outra até chegar à preposição central, devendo cumprir os requisitos de compatibilidade e completude. Fica pouco espaço para a invenção. Um sistema assim, no entanto, nunca de fato aconteceu, embora o pensamento jurídico o dê como pressuposto³⁰, como se verá.

O legalismo absoluto foi o instrumento de permissibilidade da ditadura nazista e revelou ao mundo, com isso, seus defeitos. Uma ciência do direito assim tão áustera foi convertida no núcleo do direito que promoveu a ditadura nazista que chocou o mundo. Revelou, com isso, que o texto constitucional é apenas um texto que remete a contextos mais amplos e se apresenta sem interpretação pronta; pode, portanto, passar por interpretações muito diferentes³¹. Os eventos ocorridos na Alemanha demonstraram a impossibilidade de identificar direito com lei de maneira absoluta, pois existem valores que, mesmo não sendo objeto de legislação expressa, ainda persiste a convicção de que é a missão do direito promovê-los³². Daí deriva a discussão acerca da justiça feita no tópico anterior.

O propósito do positivismo que nasce na Idade Moderna é atrelar o sistema normativo absolutamente ao método dedutivo, transformando o direito numa técnica de produtos invariáveis. Se assim fosse não poderia existir a interpretação da norma, pois o ato denota pluralidade de resultados. Seria necessário proibir a interpretação e, com isso permitir o *non liquet*³³, isto é demandar que o juiz se abstivesse de julgar quando a dedução não fosse suficiente para produzir uma decisão. Além disso, para a sustentabilidade de tal sistema se faria necessária a

²⁸ PERELMAN, Chaim. **A lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 319.

³⁰ AMADO Garcia. Tópica, derecho y método jurídico. **Cuadernos de filosofía del derecho**, nº 4, 1987, p. 165. Doxa.

³¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p. 57.

³² PERELMAN Chaim. op. cit., p. 94.

³³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 69.

intervenção contínua e imediata do legislador para dissolver situações como essas, pois um direito que não encerra o conflito social não atinge seu objetivo.

Mas o positivismo é cético em relação à interpretação tanto em termos de amplitude como de pluralidade. Se há perigo na multiplicidade interpretativa a solução é limitá-la trabalhando com conceitos unívocos. Isso se justifica se se analisa que o berço da hermenêutica foi a interpretação bíblica. O fundamento desta é que não deve haver uma técnica interpretativa, ela é literal, tem sentido unívoco³⁴.

Por mais que o positivismo contemporâneo não seja o mesmo nascido na Idade Moderna, as congruências entre ambos persistem não apenas na nomenclatura, mas também nas características. O positivismo jurídico que se vive no Brasil hoje ainda tem como axiomas: o repúdio aos valores; a teoria das fontes, que eleva a legislação à ordem hierárquica superior; a teoria da norma jurídica, que impõe que esta é um comando, a rigor, inviolável; a teoria do ordenamento jurídico, que apregoa coerência sistemática, negando a possibilidade de contradições entre compreensões jurídicas³⁵. Com essas características, a tese entende ser possível afirmar que a teoria do positivista do direito contemporâneo se diz em oposição à racionalidade tópica e tenta se aproximar da racionalidade apodítica; que é justificável dizer que esta propõe um sistema jurídico lógico-dedutivo.

O desafio, no entanto, é que a linguagem dessa norma - a rigor, inviolável - deve se adaptar à realidade para conseguir efetivamente se comunicar. Como manter-se conectado com a realidade, com as diversas situações que decorrem da realidade e, ao mesmo tempo, usar conceitos unívocos? Esse desafio de limitar a interpretação do positivismo, portanto, esbarra no problema da linguagem³⁶.

Assim, o positivismo é apenas semi estritamente avesso à interpretação. Aparece então o segundo desafio. Como manter-se alerta para as nuances da linguagem e pretender a exatidão matemática? Ainda sim esse é o programa do positivismo. Ele é, portanto, incoerente³⁷.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 242.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-132.

³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 58.

³⁷ Ibid., p. 59.

Para evitar, assim, a obscuridade da lei, a imprecisão e ambiguidade dos seus termos, a doutrina e a jurisprudência devem fazer o esforço de definir da maneira mais clara possível os termos usados pelo legislador. Da mesma forma, persiste a necessidade de zelar pela construção de um sistema jurídico que não contenha antinomias, conflitos entre leis, ou que ao menos apresente formas dos juristas solucionar esses conflitos. Além disso, deve também dispor para o juiz maneiras de resolver os problemas das lacunas legais³⁸. Assim ele se propõe completo, pois os juristas estariam sempre limitados por uma premissa advinda da lei, mesmo que essa premissa seja a admissão de que o sistema não antecipou a resolução desse conflito – lacuna legal – ou ainda que os sistema traz duas ou mais formas de resolver o mesmo problema – antinomia.

Sobre a potencial obscuridade, imprecisão e ambiguidade dos termos jurídicos, mais especialmente no discurso dos magistrados nas decisões judiciais, Lorena de Freitas aponta que o próprio sistema lógico-dedutivo, admitindo o risco da imprecisão da linguagem, cria os embargos de declaração³⁹. A ideia de um mecanismo que exige formalmente o pronunciamento jurisdicional de modo a dirimir dúvida pode ser considerado evidência da tentativa do sistema de criar certeza no campo de uma ciência social em constante mutação.

Resta saber, o sistema dos juristas permite fixação de axiomas de maneira exaustiva e satisfatória, como na matemática? O pensamento jurídico certamente dá atenção ao aspecto formal na sua condução. No entanto, o raciocínio jurídico caso a caso ainda depende de uma racionalização, de argumentação e demonstração. O que a tópica defende é que a força da decisão judicial está muito mais no argumento que na forma. A lógica formal do direito é assim marcada pela preservação do método dedutivo, do cálculo que tenta aproximar o direito da matemática⁴⁰.

O que distingue uma demonstração formalmente correta de uma argumentação é que naquela não há ambiguidade nos símbolos⁴¹. Numa demonstração matemática os axiomas não estão em discussão, seja porque são

³⁸ PERELMAN Chaim. **A lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins ontes, 2000, p. 70.

³⁹ FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. **Tese de Doutorado** – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 136.

⁴⁰ VIEHWEG, Theodor. op. cit., p. 69.

⁴¹ PERELMAN, Chaim. **O império retórico**. Trad. Fernando Trindade e Rui Grácio. Porto: Asa, 1993, p. 29.

evidentes ou porque são meras hipóteses de trabalho. Não parece ser esse o caso direito. A resolução do conflito social é delegada pelo Estado ao juiz. Este precisa de imediato determinar a premissa menor do silogismo, isto é, os fatos. Eles não são evidentes porque o juiz não testemunhou o ilícito e, mesmo se tivesse feito, ainda assim não teria todas as ferramentas possíveis para compreender a complexidade do fato social. Da mesma forma o sistema jurídico não pode ser dar ao luxo de admitir que as verdades declaradas como fatos pelos juízes são meras hipóteses de trabalho.

A lógica formal se move no campo da necessidade; um sistema lógico-dedutivo, ou axiomático-dedutivo, é demonstrativo, a passagem das premissas para a conclusão é necessária, isto é, se as premissas são verdadeiras a conclusão também será. A argumentação, ao contrário, se move no terreno do plausível⁴². Desse modo, pode haver mais uma decisão razoável para o mesmo caso. A decisão judicial não decorre necessariamente de uma argumentação; a decisão pode ser uma, outra ou nenhuma – embora seja hoje estritamente proibido nos sistemas jurídicos em geral⁴³.

Para Ballweg, os jusfilósofos veem a investigação – de ordem retórica – sobre a multiplicidade de resultados da linguagem como diretamente contrária aos seus interesses e ameaça a ideologia da univocidade linguística anteriormente mencionada⁴⁴. Por isso a necessidade de reafirmar o sistema lógico-dedutivo e negar o papel da retórica no procedimento judicial.

Por isso a afirmação de que essa prática juspositivista é incoerente. Para colocar o sistema em prática e preciso interpretar o que, por sua vez, depende da linguagem⁴⁵. A linguagem não pertence ao mesmo campo da matemática, pressupõe plausibilidade, é contingente e não necessária.

Assim, o desafio imediato da colocação em prática do sistema axiomático-dedutivo é, antes de deduzir preparar a dedução na fixação das premissas: determinar os fatos e em seguida determinar a norma que abarca o ato social.

⁴² ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 84.

⁴³ PERELMAN Chaim. **A lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3.

⁴⁴ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Kritik und Vertrauen-Festschrift für Peter Scheneider Zum 70 Geburtstag**. Trad. João Maurício Adeodato, 1990.

⁴⁵ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 73.

Ocorre que não apenas a fixação da norma jurídica é produto da argumentação (como no caso de lacunas e antinomias, como já estabelecido), mas a própria determinação dos fatos também depende da argumentação das partes diante do juiz defendendo sua versão do ocorrido. Mesmo após a fixação destas premissas, dos axiomas do sistema, ainda sim a dedução não é mera dedução, mas produto da argumentação, como se defenderá. Agora fixa-se a atenção na questão da determinação dos fatos na primeira instância.

2.2.2 A verdade formal como produto da coerência e consenso limitada pela teria das provas e a conexão com a racionalidade tópica

Com a percepção de que verdade pode ser outra que não a correspondência e que o discurso é relativo, é possível perceber que o procedimento judicial que pretensamente se propõe a chegar a verdade pode estar defasado.

Aquino, na Idade Média, argumenta que os filósofos antigos consideravam que a verdade tem relação com o intelecto, a verdade depende do intelecto humano a medida que é produto da linguagem e da argumentação. No entanto, para ele, as incongruências entre possíveis verdades desaparecem se se admite que ela consiste não no intelecto humano, mas no intelecto divino⁴⁶. Para ele não é a verdade da coisa, mas sua essência que provoca a verdade no intelecto. Assim, existiria uma verdade essencial acerca de cada coisa no universo, que só precisaria ser revelada ao intelecto humano. Dessa forma, existe verdade enquanto existe realidade e ela é revelada ao intelecto que conhece a essência dessa realidade⁴⁷. Essa percepção é compatível com a de verdade como correspondência, em que verdade é a expressão da realidade como apreendida pelo intelecto.

No fundamento aquiniano, portanto, Deus está em tudo, inclusive no próprio inteligir. Toda apreensão do intelecto vem de Deus, ele pertence, portanto, à essência de todas as coisas e ao ato de inteligir os entes e descobrir as verdades. Ele concluiu, dessa forma, que Deus é a própria verdade⁴⁸.

⁴⁶ AQUINO, Tomás. **Vida e obra**. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 248.

⁴⁷ Ibid., p. 250.

⁴⁸ Ibid., p. 255.

Nesses termos, embora existam várias coisas diferentes e vários intelectos acerca delas, para Aquino, qualquer percepção do que é verdadeiro advém da verdade de Deus, pois ele traz consigo a verdade primeira, a verdade universal. A verdade, portanto, está para as coisas verdadeiras como o tempo está para as coisas temporais. A verdade aquiniana é atemporal e imutável, como também dedutível do intelecto de todos, pois ambos, verdade e intelecto, advém de Deus⁴⁹. O intelecto divino, assegura ele, além de atemporal é também imutável⁵⁰.

Apesar da teologia medieval ter sido vencida, o procedimento judicial positivista muito assemelha com esse argumento ao defender que o juiz de 1ª instância produz uma verdade e esta deve ser tomada como absoluta pelo resto do processo. A forma então prevê que o processo vai encontrar uma verdade e que esta é a verdade suficiente para fazer justiça naquele caso concreto. Essa premissa revela a precariedade do método, pois, para determinar o que se condiciona como verdadeiro é necessário compreender as circunstâncias da situação⁵¹. A partir deste momento, portanto, faz-se necessário entender como se dá o procedimento de determinação dos fatos na 1ª instância.

No momento em que o Estado sufocou a vingança privada e tomou para si, com exclusividade, o privilégio de dizer o direito objetivo, fez surgir seu dever de garantir a tutela do direito subjetivo, através do exercício da atividade jurisdicional. Com isso é possível a solução das controvérsias de modo pacífico, assegurando aos litigantes o desenvolvimento da marcha processual segundo a forma preestabelecida na norma. O ensino jurídico por muito tempo se fundou no conceito de direito estático, fechado e completo; ou ao menos auto suficiente para dar solução a todas as questões sociais. A racionalidade que domina o direito é de que todos os problemas tem uma solução pré-estabelecida⁵².

A garantia constitucional de acesso à jurisdição estatal exige que o poder público lance mão de ferramentas que permitam que o conflito seja solucionado através de uma decisão judicial legítima, proferida sob a égide do devido processo legal e das prerrogativas a ele inerentes. O procedimento judicial, desse modo,

⁴⁹ AQUINO, Tomás. **Vida e obra**. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 257.

⁵⁰ Ibid., p. 261.

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 55.

⁵² AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tónica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 191.

deve ser orientado no sentido de assegurar que os fatos que fundamentam a causa de pedir possam ser trazidos ao conhecimento do juiz com a máxima fidelidade.

Ainda que se não possa afirmar que o objetivo do processo é a busca pela verdade, a sentença deve buscar se aproximar da verossimilhança, seja porque efetivamente foi capaz de retratar o evento objeto da lide, seja porque as partes a legitimem como resultado de um processo no qual participaram ativamente, tendo-a, pois, como verdadeira e capaz de produzir efeitos. É a forma, portanto, de extrema relevância para a legitimação da atividade jurisdicional⁵³. O cuidado com a forma é explicado quando se entende que o sistema normativo é pensado nos moldes dos sistemas axiomáticos-dedutivos assim, suas premissas são irrefutáveis, pois se popõem evidentes.

Entretanto, na mesma medida em que o respeito à forma permite a solução pacífica das controvérsias através de um procedimento fundado no devido processo legal capaz de assegurar o pleno acesso ao Judiciário, o culto exacerbado ao rito impõe severos obstáculos à tutela jurisdicional e configura verdadeira negação à cláusula constitucional da indeclinabilidade da jurisdição.

É do interesse desse estudo avaliar até que ponto o respeito a forma processual e aplicação objetiva dos preceitos normativos efetivamente permite a concretização do parâmetro de justiça buscado – melhor interesse da criança - e quais os limites para que esta deferência ao rito não resvale na própria negação da justiça.

O conceito de verdade é mais afeito ao mundo da filosofia do que à realidade da dogmática jurídica. Verdade é um conceito metafísico, que não permite solução através do método empírico. É possível o estudo de suas variações a partir da análise das diversas correntes filosóficas que buscam estudá-la.

Aristóteles reservou aprofundada análise acerca do que significa esse valor. A partir de sua teoria da correspondência, intenta definir a verdade sob os auspícios da lógica, ao enfatizar que dizer do que é que ele é, ou dizer do que não é que ele não é, é a verdade⁵⁴. Seria a verdade, então, a adequação de

⁵³ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. Verdade judicial e ritualização do processo. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24325422_VERDADE_JUDICIAL_E_RITUALIZACAO_DO_PROCESSO_O_A_FORMA_E_QUESTAO_MENOS_RELEVANTE_E_SUBTERFUGIO_PARA_CONTORNAR_A_CLAUSULA_DE_INDECLINABILIDADE_DA_JURISDICAÇÃO.aspx> Acesso em 11/05/2017.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Rasconi Libri. São Paulo: Loyola, 2002.

determinada sentença à realidade, o que exige a perfeita identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de algo e a realidade por ela referida.

Para o fenomenalismo, teoria segundo a qual o ser humano não tem acesso ao objeto cognoscível "em si", mas apenas à manifestação dele, há verdade quando houver relação de correspondência entre o enunciado e essa sua manifestação, o seu fenômeno.

A teoria pragmática da verdade advoga que determinado enunciado será verdadeiro se, e somente se, tiver efeitos práticos para quem o sustenta, conferindo-lhe alguma utilidade. Quanto mais útil, maior o âmbito de credibilidade da proposição que se pretende verdadeira. Verdadeiro seria apenas aquilo que é apropriado para a conservação da humanidade⁵⁵.

A teoria da coerência, por seu turno, vislumbra a realidade como um todo coerente, sendo que as proposições que a descrevem não podem ser contraditórias entre si. Aqui, a verdade decorre da coesão entre determinado juízo e o sistema de crenças ou verdades anteriormente estabelecidas, e se evidencia diante de um discurso dotado de coerência interna. A verdade, portanto, não existe por antecipação, mas é descoberta no diálogo⁵⁶.

Na teoria consensual, a verdade se extrai do consenso ou acordo entre os indivíduos de determinada comunidade ou cultura. Será verdadeira, então, a ideia que contasse com maior credibilidade. Aqui, se o próprio sistema estabelece o que é esta consonância e o modo como opera, a determinação da verdade consensual estaria, em tese, alheia a instabilidades.

Para o procedimento judicial não há como se estabelecer a verdade de um enunciado senão quando esta resulta conforme uma interpretação estabelecida, aceita e instituída dentro de determinado sistema cultural. O enunciado será verdadeiro não porque necessariamente corresponde com o fato ou a realidade, mas porque corresponde àquilo que pressupõe-se ser a verdade daquele enunciado segundo determinada cultura. Parte a verdade da análise dos enunciados tidos como originariamente verdadeiros em determinado sistema.

As proposições se consideram filosoficamente segundo a verdade e dialeticamente tendo em conta a credibilidade ou aplauso que obtém dos seus

⁵⁵ MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2. ed. São Paulo: Graal, 2002. p. 101.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 497.

ouvintes⁵⁷. O sistema axiomático-dedutivo, portanto, prepara quais devem ser os caminhos e argumentos usados para defender a sua tese, segundo os passos formais estabelecidos, atinge-se o consenso e corência que promove a aceitação daquela tese pela maioria.

O sistema processual brasileiro parece ter adotado exatamente esta definição de verdade, que se aproxima das teorias da *coerência e do consenso*. Com efeito, o processo judicial é dotado de normas preestabelecidas que já definem, de antemão, não só os meios pelos quais os eventos do mundo fenomênico serão transportados aos autos, mas também o valor que será atribuído a determinadas provas. É o que se infere quando se analisa a teoria das provas. O direito processual desenvolve um caminho probatório a ser seguido pelas partes e dita para o juiz quais as provas que pode aceitar para construir seu conhecimento.

Retomando o pensar sobre a "verdade", tal sugere a necessidade de perquirir sobre a existência de verdades parciais e totais, ou, de outro dizer, da possibilidade de haver o "verdadeiro relativo" e "verdadeiro absoluto". A verdade relativa é um adjetivo formal e linguístico das frases, que resulta das regras da língua: uma frase ou pensamento são verdadeiros em relação à outra frase ou pensamento quando obedecem as regras que governam as relações entre frases, o silogismo⁵⁸. Se não obedecem tais regras, estas frases ou pensamentos serão falsos. Já a verdade absoluta seria aquela verdade clássica, da correspondência entre frases e realidade, tal qual proposta por Aristóteles. Tendo em conta que apenas compreendemos a realidade através da apreensão das frases que a descrevem, a verdade absoluta não parece articulável, já que a relação direta entre realidade como a coisa em si e a frase que descreve a coisa não deixa de ser uma relação entre frases.

A retórica apresenta a verdade como aquilo construído dentro do próprio discurso, atingida através de várias aproximações sucessivas⁵⁹. No melhor intuito de garantir o que é justo no caso concreto é possível permitir que a verdade tome

⁵⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Trad. Luis Fernando Claros. Madrid: Trotta, 1997, p. 53.

⁵⁸ FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 17.

⁵⁹ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 97.

para si noções de veracidade e verossimilhança, trabalhando-a por um viés de menos certeza e mais adequação de acordo com a necessidade concreta⁶⁰.

Na teoria do conhecimento, então, a dificuldade da expressão "verdade absoluta" se compreende a partir do entendimento de que é a própria linguagem que cria os objetos e, assim, o conhecimento, como construção linguística - tal qual o é a verdade - está sujeito a circunstâncias de espaço e tempo, portanto, relativas. Se as verdades dependem do sistema em que se inserem, serão sempre relativas, jamais absolutas. Esta relatividade da verdade está relacionada, ainda, com a dinâmica da língua, que permite a mutação dos sentidos atribuídos às palavras, inclusive à palavra "verdade".

Feitas estas considerações, cabe indagar a respeito da verdade na jurisdição e o papel do julgador diante dos métodos de que dispõe para transportar a realidade dos eventos ao cenário judicializado do processo no sistema das formas judiciárias.

Um dos maiores desafios que o processo judicial impõe aos litigantes é a necessidade de transportar ao mundo do direito jurisdicionalizado os eventos que compõe o núcleo da lide posta à análise do Judiciário. O estudo analítico da dinâmica de uma ação judicial dependente da verificação da chamada realidade dos fatos, o que nos permite concluir que há certa distância entre a ocorrência de determinado evento capaz de criar, modificar ou extinguir direitos e interesses que se pretende tutelar e a necessidade de transportá-lo aos autos do processo.

Os eventos a serem determinados são os acontecimentos do mundo fenomênico, capazes de gerar direitos e obrigações. Os fatos são, portanto, a narração do evento, o que, desde logo, nos permite reconhecer nele considerável carga de subjetivismo, capaz mesmo de deturpar a realidade efetivamente havida no evento narrado. Essa narração do evento quando encontra respaldo no direito objetivo faz surgir o denominado fato jurídico⁶¹. A linguagem jurídica por excelência, capaz de transportar o evento aos autos processuais, é a linguagem das provas, sistematizada no regramento processual.

Argumenta-se nas questões de direito pela sua própria natureza, mas também se argumenta nas questões de fato, apesar de parecer uma contradição.

⁶⁰ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 101.

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O que chama-se de fatos são como dito, para o processo judicial experiência dos litigantes pois os supostos atos são trazidos por eles. Não existe objetividade quando o juiz deve supor a partir das narrativas trazidas pelos interessados e suas testemunhas qual foi a realidade efetivamente vivida⁶².

Assim, ganha importância o estudo da teoria geral da prova, estruturada em nosso ordenamento sob a designação do devido processo legal, ditando a forma pela qual os fatos controvertidos e relevantes para a formação do convencimento judicial e o deslinde do feito hão de ser demonstrados, especialmente no que tange às fontes e meios de prova legalmente aceitos.

Se são fontes todas as pessoas ou coisas das quais se possa extrair informações relevantes para a boa solução da controvérsia, quanto aos meios, a lei formula uma proposição genérica ao indicar que os meios legais e moralmente legítimos de que trata a lei serão aqueles que não violem as disposições constitucionais que visam resguardar o devido processo legal e impedir a produção das chamadas provas ilícitas.

Dessa forma, a ilicitude da prova pode advir tanto do modo como ela foi obtida, por interceptação telefônica; violação do sigilo bancário sem autorização judicial, violação do sigilo de correspondência, quanto do meio empregado para a demonstração do fato, a coação, emprego de violência, grave ameaça, tortura etc⁶³.

A par do que estabelece o art. 5º, LVI da CF/88, tem predominado o entendimento de que a vedação ao uso de prova ilícita é absoluto. O STF já adotou a chamada *teoria dos frutos da árvore contaminada*, segundo a qual são ineficazes as fontes de prova obtidas e também os meios de prova realizados em desdobramento de informações obtidas mediante ilicitudes. Seriam, assim, ineficazes, por exemplo, todos os testemunhos prestados por pessoas cujos nomes tivessem sido revelados numa conversação telefônica interceptada irregularmente.

A tendência do Direito é compreender a teoria como decorrente de interpretação criativa e exacerbada do princípio que proíbe a prova ilícita. Isso

⁶² FEITOSA, Enoque. A argumentação jurídica em torno dos chamados casos difíceis. **Revista da Amatra VI**, ano X, nº 29, 2007.

⁶³ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. Verdade judicial e ritualização do processo. Disponível em: < http://www.editoramagister.com/doutrina_24325422_VERDADE_JUDICIAL_E_RITUALIZACAO_DO_PROCESSO_A_FORMA_E_QUESTAO_MENOS_RELEVANTE_E_SUBTERFUGIO_PARA_CONTORNAR_A_CLAUSULA_DE_INDECLINABILIDADE_DA_JURISDICAÇÃO.aspx> Acesso em 11/05/2017.

justifica a adoção frequente do princípio da proporcionalidade, que concede eficácia jurídica à prova se sua ilicitude causar uma ofensa menor ao ordenamento jurídico ante aquela que seria causada caso tal prova não fosse utilizada⁶⁴ como, por exemplo, a interceptação telefônica que permite, em uma ação de modificação de guarda de menor, provar que a criança é frequentemente espancada e torturada por aquele que detém a guarda. É a proposta deste trabalho trazer justamente esse tipo de flexibilização na proteção jurídica da criança e do adolescente como ponto de ruptura do procedimento regular para beneficiar o interesse da criança; algo que só pode ser explicado pela exclusão do sistema axiomático-dedutivo e inserção da racionalidade tópica no julgar interesse da criança.

Mas, ainda assim, a produção da prova no processo jurisdicional está sujeito à observância das normas rituais que em certa medida limitam o proceder dos participantes do processo.

Considerando, pois, tanto a subjetividade peculiar ao ato de narrar determinado evento - o fato - e as limitações que cercam a produção das provas, sejam estas naturais, como a subjetividade do perito, a memória da testemunha etc., ou legais (provas ilícitas), há de se reconhecer a enorme dificuldade em instruir o processo com a demonstração cabal de fatos absolutamente fiéis aos eventos. Desse modo, tem-se a dificuldade da decisão judicial estar associada da verdade observada quando da ocorrência do evento. O juízo tem a seu dispor um relato percepção dos fatos que pode estar mais ou menos próxima do que se deu e assim apta ou não para receber o selo de verdadeiro. Ainda assim, no entanto, fará coisa julgada e vinculará as partes e, em algumas hipóteses, terceiros.

A determinação da verdade procedimental, portanto, impõe duas espécies de paradoxo: uma decisão fundada em prova lícita, porém que não corresponda à verdade; ou deixar de considerar uma prova verdadeira, porém produzida por meios ilícitos⁶⁵. Nestes casos, em que pese ambas as sentenças não guardarem relação com os eventos tal qual ocorreram, ou seja, não corresponderem à realidade, ela fará coisa julgada e, para fins legais, constituirá uma decisão

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo; Saraiva, 2014. p. 218.

⁶⁵ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. Verdade judicial e ritualização do processo. Disponível em: < http://www.editoramagister.com/doutrina_24325422_VERDADE_JUDICIAL_E_RITUALIZACAO_DO_PROCESSO_O_A_FORMA_E_QUESTAO_MENOS_RELEVANTE_E_SUBTERFUGIO_PARA_CONTORNAR_A_CLAUSULA_DE_INDECLINABILIDADE_DA_JURISDICA0.aspx> Acesso em 11/05/2017.

verdadeira, porque prolatada segundo os critérios normatizados nas leis rituais. Mas, é justa a decisão que simplesmente cumpre a lei, ainda que desconsiderando os fatos?

Do mesmo modo, uma decisão que julga de acordo com provas ilícitas, mas que refletem parâmetro consensual de justiça, poderia ser considerada correta? Seria justa a sentença convergente com a realidade do evento, mas contrária à lei?

No primeiro caso, o documento falso não identificado como tal justificará a decisão conforme à regra processual segundo a qual a falsidade documental deve ser arguida e comprovada oportunamente. Se proferida sob a égide da lei, será válida, ainda que fundamentada em uma mentira. No segundo caso, a interceptação telefônica não autorizada foi o único meio capaz de comprovar a existência de uma confissão sobre determinado sequestro, mas a persecução penal estará prejudicada e a sentença deverá absolver o réu ainda que seja ele o sequestrador.

Nestes dois exemplos a sentença proferida conforme a norma prevalece em detrimento da sentença proferida conforme o interesse da justiça. Tal conclusão, por si só, impõe uma nova visão acerca da própria finalidade do processo, cuja busca dos fatos para aplicação da norma apenas se justifica se compreendida segundo os termos da teoria do consenso ou da coerência, jamais se considerada como a necessária busca da verdade como correspondência e concretização de justiça.

O processo, assim, não busca a verdade compreendida como correspondência entre o evento e sua narrativa nos autos, mas se limita a oferecer uma avaliação objetiva do material trazido por iniciativa das partes ou mediante determinação de ofício pelo julgador de modo que confirme o próprio sistema. A *verdade* que se estabelece no processo decorre, então, do consenso entre as partes litigantes e o órgão jurisdicional sobre o procedimento para se alcançar tal *verdade*. Se o fato restou demonstrado por um meio de prova legítimo, oriundo de fonte lícita, e não foi capaz de ser refutado pela parte contrária, será tido como verdadeiro tão só porque convergente com as regras do jogo previamente estabelecidas e, portanto, aceitas pelos litigantes. A sentença daí derivada produz, portanto, justiça.

A lei processual impõe uma série de limitações à produção das provas, e são elas dirigidas a todos os participantes do processo, inclusive ao juiz. Para deixar o mundo dos fenômenos e integrar a esfera processual, os acontecimentos estarão submetidos às regras processuais de instrução probatória e sujeitos a limitação da própria norma jurídica. Assim, não há como alcançar um parâmetro ideal de justiça, senão por meio das regras formais do processo e da aplicação do direito.

Ora, se a submissão à forma é pressuposto de existência de determinada verdade, jamais se poderia denomina-la real. Será, por lógica, formal. De outro dizer, para transportarmos determinado evento (*verdade real*) ao processo judicial, é imposição legal que o façamos sob a estrita observância das formas processuais, e, ao submeter esse evento à ritualização dos meios probatórios em juízo, impondo-lhe forma, não há como insistir na ideia de verdade real no processo jurisdicional, já que toda essa técnica forçosamente atribui a qualquer verdade o epíteto de formal.

Será *formal* toda a *verdade* no processo, não necessariamente porque está nos autos, mas porque teve de se submeter ao procedimento formalizado para tanto. Se, e somente se, demonstrada processualmente a licitude das fontes e meios de prova utilizados para buscar essa *verdade* - ainda que o procedimento da prova possa gerar paradoxos como aqueles suscitados anteriormente - será ela capaz de gerar os efeitos desejados no processo e estará revestida do formalismo que nos permite, então, considerar tal *verdade* como *formal*.

Na realidade a *verdade real* deixa de existir no processo e sucumbe à *verdade formal*, confundindo-se mesmo com ela. O que prevalece é a *verdade* comprovada por meio de provas lícitas e produzidas nos moldes da norma, a *verdade* que respeita a forma, portanto, a *verdade* ritualizada, *formal* então, corresponda ou não ao evento que se busca traduzir nos autos.

Por tais razões, não há *verdade* nos autos que não seja a *verdade processual*, pois submetida à prova e seu regramento repleto de peculiaridades e limitações. Se não reflete a realidade, ainda assim será *formal*, do mesmo modo se a reflete. De todo modo, não se pode eleger a *verdade* como o objetivo maior da atividade jurisdicional, ainda que ela se mostre como um valor a

ser incansavelmente buscado, com vistas a conferir maior legitimação ao proceder judicial.

Tanto o é, que a cláusula de indeclinabilidade da jurisdição exige que a controvérsia seja solucionada por meio de uma sentença, resolva ou não o mérito da ação. Essa sentença, como vimos, prescinde de se constituir em um reflexo da verdade alcançada ali, bastando que seja proferida conforme os ditames legais que organizam o processo judicial. E uma das normas que preside o processo é aquela que impõe às partes litigantes o ônus da prova, e permite ao juiz que resolva o processo aplicando exatamente essa regra: se diante de dúvida invencível quanto aos fatos levados ao seu conhecimento, deve o juiz avaliar a quem cabia produzir a prova, se ao autor e não o fez, a ação será julgada improcedente; se foi o réu quem não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações, a solução será pela procedência da demanda⁶⁶. Da aplicação dessa norma, portanto, deriva a sentença que confirma a ordem jurídica gerando confiança e revestida do viés de justiça.

Prevalece a solução do litígio em desfavor daquele que não foi capaz de comprovar suas pretensões. A sentença, como produto necessário da atividade jurisdicional estará nos autos para compor a lide. Transitará em julgado, produzirá todos os efeitos e deverá ser cumprida sem que se indague acerca de qualquer verdade como correspondência.

Tem-se, pois, que a prolação da decisão judicial mostra-se como objetivo imediato da atividade jurisdicional, como meio pacífico de compor litígios e garantir paz social, suas finalidades mediatas. Se alcançado parâmetro de justiça que pelo consenso garante felicidade social, como visto, tão melhor. Se não, ainda assim será uma decisão judicial legítima.

Fosse a verdade como correspondência e a efetiva garantia da justiça o interesse maior do processo judicial, sequer haveria de existir a regra da distribuição do ônus probatório e sua utilização como critério de decisão, quando, então, o procedimento bem poderia se eternizar até fosse aquele valor alcançado. Vale reiterar que o sistema jurídico oferece a mesma força legal para as decisões *verdadeiras* e para as decisões equivocadas, dotando uma e outra dos

⁶⁶ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. Verdade judicial e ritualização do processo. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24325422_VERDADE_JUDICIAL_E_RITUALIZACAO_DO_PROCESSO_O_A_FORMA_E_QUESTAO_MENOS_RELEVANTE_E_SUBTERFUGIO_PARA_CONTORNAR_A_CLAUSULA_DE_INDECLINABILIDADE_DA_JURISDICA0.aspx> Acesso em 11/05/2017.

efeitos constitucionalmente resguardados da coisa julgada. É o trânsito em julgado da decisão - e não o alcance da verdade como correspondência e do ideal de justiça - o saneador geral do processo.

Não é o caso, entretanto, de advogar pelo desprestígio absoluto da determinação dos fatos de maneira coerente e consensual na função jurisdicional. Como valor extremamente caro às sociedades humanas, é dever dos litigantes atuar no sentido de fazer prevalecer a verossimilhança, pois ela age como fator de legitimação das decisões judiciais, ao lado da obediência às normas do devido processo legal, como o princípio da anterioridade no processo, o contraditório e a ampla defesa.

Em arremate, não é a finalidade última da atividade jurisdicional, dadas as particularidades que cercam a ideia contida nesse termo, seja isoladamente considerada - quando a filosofia e a teoria do conhecimento desconstroem sua própria existência absoluta -, seja ela analisada nos contornos da lide jurisdicional, a concretização da justiça através da determinação da verdade como correspondência.

A ideia de verdade como correspondência, isto é, de linguagem como reprodução da realidade, passa a ser refutada com a retórica⁶⁷. O conceito de verdade é substituído pelo de verossimilhança. A verossimilhança é algo que se aproxima da realidade não quantitativamente, mas qualitativamente. Verossimilhança é, portanto, distinta da verdade, é algo que por sua qualidade em relação a determinadas circunstâncias substitui a verdade. São os indícios da probabilidade e da razoabilidade que determinam a verossimilhança, não a tradução da realidade. Schonpenhaeur alertava para a distinção entre a busca da verdade e a arte de encontrar o que se passa por verdadeiro⁶⁸.

As vezes pode-se ter razão objetiva sobre um assunto, mas, aos olhos dos ouvintes, parecer não ter porque o adversário refuta a prova, reutando, com isso, a própria afirmação. A verdade objetiva de uma tese e sua validade na aprovação dos demais são distintos⁶⁹.

⁶⁷ ADEODATO, João Mauricio. Retórica analítica como metódica jurídica. In: **Revista Argumenta – UENP Jacarezinho**, nº 18, p. 11-29.

⁶⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Trad. Luis Fernando Claros. Madrid; Trotta, 1997, p. 53.

⁶⁹ Ibid., p. 46.

O fator de determinação da verossimilhança é a linguística. A possibilidade de denotar, de apontar algo e dizer um nome é empoderador e é o que permite o próprio desenvolvimento humano⁷⁰. Mas esses nomes não necessariamente acompanham a realidade. Os objetos mudam muito mais rápidos e os nomes, os rótulos, não conseguem acompanhar na mesma velocidade. Mas a rotulação é o que permite lidar com a realidade. O ser humano não vive plenamente adaptado a natureza como os animais, para isso cria artifícios; a linguagem, a fala, é um deles. A linguagem ajuda a se adaptar ao mundo e lidar com a realidade, empodera, mas não é rápida o suficiente para acompanhar as alterações da realidade, sejam acidentais ou essenciais.

Seja acidental, isto é, que pode ou não acontecer, ou essencial, que é parte do ser, ambos são objetos da linguagem. A essência, a própria ontologia, é definida pela linguagem. O direito é conjunto de relatos, narrativas, modelos e tudo isso depende da linguagem. Tudo que se acredita como verdadeiro ou real é produto da linguagem.

Dessa forma, a linguagem se posiciona nos primórdios do conhecimento, ela organiza a linguagem para construir o conhecimento, tanto conhecimento acidental quanto essencial.

Mais adequado seria, hodiernamente, pensar nos fins do processo sob uma ótica utilitarista, que elege como objetivo maior das ações judiciais a solução adequada dos conflitos por órgão constitucionalmente investido de tal prerrogativa, com vistas a garantir a pacificação social e o resguardo dos direitos fundamentais, inclusive aqueles relativos ao processo.

Contudo, ainda que estes objetivos melhor definam as finalidades do processo judicial, seria temerário afirmar que a busca da verdade e da justiça é completamente dispensável. Permanece, sim, como fator desejável da prestação jurisdicional, a constatação da verdade sobre determinados eventos, como pressuposto para a prolação de decisões adequadamente fundamentadas, mormente no processo civil, penal e do trabalho.

O que não se pode admitir, portanto, é a total e imotivada desconsideração da forma estatuída para bem dirigir o processo judicial, já que ela tem como pressuposto fundante o devido processo legal, ainda que a justificativa seja a

⁷⁰ ADEODATO, João Mauricio. Retórica analítica como metódica jurídica. In: **Revista Argumenta – UENP Jacarezinho**, n° 18, p. 11-29.

indeclinabilidade da prestação jurisdicional. Por outro lado, sucumbir ao formalismo exacerbado a ponto de desprestigiar a plena entrega da prestação jurisdicional não parece o caminho adequado naquelas situações em que se está diante de direitos fundamentais mais relevantes do que aqueles que os ritos processuais visam assegurar.

A tese do trabalho gira em torno deste ponto. Deseja convencer que o direito da criança e do adolescente se apresenta como ponto de ruptura através da doutrina da proteção integral, que justifica o afastamento do procedimento formal para garantir o melhor interesse da criança de acordo com as informações que chegam a atenção do Estado.

A previsibilidade e o consenso das partes quanto às regras do processo permitem a legitimação do pronunciamento judicial, na medida em que geram o sentimento de que a sentença foi produzida segundo a verdade - pelo menos aquela verdade que se estabeleceu na lide processual - e em procedimento no qual houve a participação ativa dos interessados e o respeito ao devido processo legal.

Essa garantia das partes litigantes, ademais, estará igualmente assegurada pelo respeito às formas processuais, especialmente àquelas que digam respeito aos pressupostos do processo e às condições da ação. Nesses casos, o respeito à ritualização atua como garantidor das prerrogativas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais.

A doutrina processual portanto gira em torno da ideia de que o discurso é um procedimento de busca de verdade. Diante da impossibilidade desta missão, resta relativizar a verdade conectando-a a regras⁷¹. Assim, se o procedimento foi seguido, o objetivo foi atingido.

Assim, compreendidos os parâmetros de fixação dos fatos e fundamentos da decisão judicial de acordo com o sistema normativo é preciso entender que existe maneira diferente de pensar acerca desse mesmo sistema. Já foi determinado que a justiça é um valor relativo possivelmente assegurado pelo processo judicial para garantir a resolução de conflitos garantindo ordem social. Para tanto, o processo tem que entender a realidade determinando os fatos da maneira mais verossímil de acordo com parâmetros de coerência e consenso. No entanto, para dar viés de rigidez, certeza e segurança ao processo, a determinação dos

⁷¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79.

fatos e a fixação da justiça estão limitados pela própria norma que fixa as provas e os direitos que devem ser resguardados, revestindo de sentido o sistema axiomático-dedutivo.

O sistema jurídico da Idade Moderna que resiste até hoje pensado em moldes de racionalidade matemática, portanto, diante da dificuldade de demonstrar axiomas quando há, naturalmente, argumentação no direito, reveste de caráter formal a fixação das premissas irrefutáveis do sistema, avisando aos juristas que deve haver submissão absoluta a norma e em seguida submissão aos meios de determinação dos fatos. Com isso, tem-se as duas premissas que permitem fazer o silogismo a dedução a inferência que seria natural do entretanto entre a lei e a verdade acerca dos atos determinada pelo processo. Esse fenômeno jurídico é como se entende o sistema jurídico axiomático-dedutivo que se tem atualmente.

No entanto, a tópica de Viehweg apresenta uma outra maneira de entender o sistema jurídico, pensando não a partir de *primum verum*, não a partir de axiomas, mas se concentrando nos problemas. O mesmo sistema pode ser estudado de duas maneiras diferentes. É o que ele demonstra ao teorizar acerca de dogmática e zetética jurídica.

2.2.3 A bifurcação na abordagem científica do direito: dogmática e zetética

O procedimento judicial, apesar de revestido de objetividade, não consegue prescindir da argumentação e da decisão. Essas argumentações precisam ser justificadas mediante uma audiência. A tese defende, assim, que a infusão retórica no processo judicial é, portanto, inevitável.

O sistema axiomático-dedutivo parte do pressuposto de que existe um método que permite processar corretamente as informações. Do cruzamento entre as informações chega-se a uma conclusão supostamente verdadeira. É uma clara aproximação com as ciências da natureza que se deu, como já discutido, na Idade Moderna por influência do Iluminismo.

Os filósofos Iluministas eram entusiastas desse sistema jurídico hierárquico e dedutivo. Tinham a impressão que todo desenvolvimento filosófico culminava ali

naquele movimento e suas investigações teóricas eram suficientes para fundamentar satisfatoriamente o sistema⁷².

Mas o mundo aprendeu a relativizar, a ciência social como demonstração entrou em crise. Ciências antes tão absolutas passaram a entender que suas premissas também podem ser circunstanciadas; admite-se até a relativização do espaço e do tempo. O sistema dedutivo pressupõe, assim, universalidade, enquanto que a decisão judicial fundada no objetivo de fazer justiça pressupõe particularidade e relativização.

O estudo do raciocínio jurídico pode ter dois enfoques diferentes. No primeiro o aspecto pergunta é acentuado; os conceitos, as dimensões que constituem a norma e a própria norma são objeto de releição, são postos em dúvida. Isso confere a estrutura do direito característica latente; ele se conserva um *dubium* antes da tarefa de resolver os conflitos, resiste o caráter problemático. No segundo enfoque predomina o aspecto resposta do direito. Isto é, põe-se de lado os questionamentos e preocupa-se com as soluções que a norma pensa para os possíveis conflito; a função do direito é agir. Na nomenclatura de Viehweg tem-se, nessa ordem, zetética e dogmática jurídica⁷³.

Assim, num esquema de perguntas e respostas, como é o processo judicial, pode-se dar mais importância as perguntas ou as respostas. Se se dá atenção às perguntas permite-se questionar desde os conceitos até a própria necessidade de questionamento; é a zetética. Se o enfoque está nas respostas preocupa-se com a ação e tais direções são deixadas fora de questionamento; é a dogmática⁷⁴.

A hermenêutica dogmática não é tão livre quanto a zetética porque não pode, para fins operacionais, questionar suas hipóteses; ao contrário, tem que estar ligado a elas. É na perspectiva zetética portanto, que se encontra a bordagem sobre o direito que permite enxergar como a tópica esta imbrincada no sistema jurídico. O sistema tópico é aberto, permanece em movimento disposto a aprender com os argumentos e construir novas premissas⁷⁵. O trabalho vai mais na frente arguir como isso funciona tomando como parâmetro o direito da criança e do adolescente.

⁷² VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 153.

⁷³ Ibid., p. 76.

⁷⁴ Ibid., p. 76.

⁷⁵ Ibid., p. 85.

O sistema axiomático-dedutivo se concentra no enfoque dogmático, ao se preocupar unicamente com as respostas que a ordem jurídica tem que dar para encerrar os conflitos sociais. Os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que as zetéticas⁷⁶.

As questões jurídicas, no entanto, não se reduzem a convalidar dogmas, na medida que as ações linguísticas que estruturam a dogmática, na forma de argumentar, e até mesmo os próprios dogmas podem ser submetidos a questionamento que por sua vez, exige fundamentação e justificação facilitando a orientação da ação.

O próprio dogma precisa ser legitimado. Se antes essa validação se dava pela fé, pela razão ou pela natureza, a depender do pensamento que influenciava a ordem jurídica, hoje a legitimação é produto do discurso, do argumento que parece mais razoável; é produto das investigações zetéticas⁷⁷.

O desafio do sistema axiomático-dedutivo é produzir certeza onde existem dúvidas. Suas premissas não são demonstráveis, mas produto da argumentação, logo, possível e ter várias resoluções diferentes. Argumentar é apresentar a estrutura lógica que proporciona a conclusão e a conclusão, por sua vez, aparece como raciocínio dedutivo⁷⁸. Logo, o sistema se propõe matemático, fundado em premissas irrefutáveis, ligada uma verdade. A solução, portanto, é fingir certeza onde não há. Diante da dúvida que não pode ser sanada cria-se um dogma, uma certeza – ainda que fictícia - que fixa a opinião geral acerca da resolução da questão. O sistema jurídico é, com isso, aproximado da dogmática.

No cotidiano a dogmática é indispensável para que o direito possa cumprir sua função social porque está na esfera da ação, da resolução prática de problemas. O pensamento dogmático encerra o conflito social a medida que não questiona o sistema, pelo contrário, se obriga manter esse sistema fechado confirmando os dogmas. Um pensamento jurídico que se coloca a tarefa de refletir continuamente não consegue agir, pois, para cada resposta surge nova indagação.

A dogmática trabalha, portanto, sob o parâmetro do chamado princípio da inegabilidade dos pontos de partida, assume alguns postulados como

⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.

⁷⁷ Ibid., p. 91.

⁷⁸ FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. **Tese de Doutorado** – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 73.

inquestionáveis e trabalha para confirmá-los. Ao contrário, o pensamento zetético tem como missão aumentar a confiabilidade das suas proposições, é conhecer profundamente o sistema jurídico permitindo, com isso, a revisão dos seus preceitos. Sua função é transmitir preceitos o mais ajustados possíveis com a natureza das coisas.

Com isso, o direito – mesmo o direito pensado a partir do sistema axiomático-dedutivo – pode ser objeto de estudos investigativos de ordem zetética. Zetética e dogmática, pelo contrário, se completam. O estudo zetético do direito permite a formulação de certas premissas que, uma vez aceitas e, por isso, legitimadas, são transformadas em dogmas. A zetética é, assim, a grande fornecedora da dogmática⁷⁹.

Da mesma forma quando o sistema axiomático-dedutivo admite que tem ser completo e, por isso, direciona a investigação do juiz que se depara com antinomia ou lacuna legal, está permeando o sistema, a rigor dogmático, de perquirições de ordem zetética. O produto da investigação zetética é, então transformado em dogma e serve a modernização ou atualização do sistema.

Diante do debate acerca de como é pensado e como se comporta o sistema jurídico segue-se com a indagação: será mesmo que o direito trabalha com premissas irreduzíveis produzindo repostas necessárias através da dedução? Com o conhecimento disposto até parece que não. O direito trabalha em torno de garantir justiça que, por sua natureza, é um produto de valores que divergem de acordo com interesses, situações e momentos. Da mesma forma, o sistema de procedimento judicial não consegue se desvincular da questão da discussão e da argumentação, que é, também por natureza, relativizável e contingente.

Com essas conclusões iniciais a tese parte agora em busca de conhecer a racionalidade tópica, que admite que o direito é contingente, é garantia de valores que parecem mais razoáveis de acordo com o argumento usado. Já se viu que existe espaço para discussão dentro do próprio sistema ao estudar a diferença da postura do jurista que aborda seu objeto de acordo com a dogmática ou a zetétiza. Vai-se agora entender como se dá a teoria da argumentação tópica de maneira a melhor entender, de fato, qual a natureza do sistema jurídico que se tem na prática. Na segunda parte, volta-se a atenção para o direito da criança e do adolescente,

⁷⁹ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 56.

de maneira a compreender como um sistema jurídico próprio, com tantas peculiaridades, pode sobreviver dentro do discurso axiomático-dedutivo. Defende-se que não há outra explicação, senão a de que a tópica pertence ao sistema jurídico de resolução de conflitos, mesmo que não admitido.

3 A RACIONALIDADE RETÓRICA E A COMPREENSÃO DA ARGUMENTAÇÃO TÓPICA PARA MATERIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Compreendidos os parâmetros fixados pelo sistema normativo para aplicação do direito, faz-se mister entender o referencial teórico do trabalho que permite argumentar que o direito da criança e do adolescente tem peculiaridades. A racionalidade tópica fundamentada no pensamento de Theodor Viehweg permite afirmar que as limitações do sistema lógico-dedutivo e estrita fixação à aplicação da norma ganham viés de flexibilidade quando o melhor interesse da criança é colocado *sub judice*.

Com isso, o trabalho parte para entender que é afinal a racionalidade tópica e como as ideias de Viehweg podem ajudar a comprovar a tese.

3.1 AS PREMISSAS DA RETÓRICA CLÁSSICA

A origem da retórica não remonta a Aristóteles, mas o precede. A retórica surge com a queda das tiranias no sul da Itália. Com a derrubada desses governos, os novos governantes precisam compensar os exércitos mercenários contratados pelos seus esforços. A maneira mais fácil de assim fazer é concedendo terras. No entanto, a população local não se viu satisfeita com essa medida. Juntando-se a isso o fato de que são, a partir daí, instauradas democracias, tem-se que a solução para esse problema foi a feitura de grandes audiências públicas em que era necessário convencer as pessoas do porquê era merecido receber aquela concessão patrimonial⁸⁰. A partir daí desenvolveu-se a técnica de convencer audiências ou, em outras palavras, a retórica.

A retórica nasce, assim, como instrumento de poder ligado a reivindicação do direito de propriedade:

A Retórica nasceu de processos de propriedade. Cerca de 485 a.C., dois tiranos sicilianos, Gelão e Hierão, efectuaram deportações, transferências de população e expropriações, para povoar Siracusa e lotear os mercenários; quando foram depostos por uma sublevação democrática e se quis voltar à *ante qua*, houve processos inumeráveis, pois os direitos de propriedade eram pouco claros. Estes processos eram de um novo tipo: mobilizavam

⁸⁰ LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego**: la nación europea, señorío humanista (siglos XIV – XVII). Mexico D.F.: Fondo de cultura econômica 2005, p. 36.

grandes júris populares, diante dos quais, para os convencer, era necessário “ser eloquente”. Esta eloquência, ao participar simultaneamente da democracia e da demagogia, do judicial e do político constituiu-se rapidamente em objecto de ensino. Os primeiros professores desta nova disciplina foram Empédocles de Agrigento, Corax, seu aluno de Siracusa (o primeiro que cobrava pelas suas lições), e Tísias.⁸¹

A partir daí começam a surgir teóricos da retórica, pessoas especializadas em estudar a forma e os métodos de exprimir o discurso. Era preciso, nesse novo contexto, ir à praça pública debater, formar opinião e convencer a cidade das razões do orador. Importante perceber, portanto, que o surgimento e desenvolvimento da retórica se dá absolutamente adstrito ao contexto de democracia e pluralidade de discursos.

Para Ballweg o fundamento da dominação que o Estado exerce sobre a sociedade está justamente na opinião. A retórica deve seu aparecimento à democracia e a democracia deve à retórica, por sua vez, o adestramento do debate⁸². Assim, o exercício de um governo democrático não seria possível sem o domínio da arte de controlar a opinião pública.

A retórica precede Aristóteles cronologicamente, no entanto, sua contribuição para a análise da mesma funda a tradição do seu estudo. Para ele, o discurso retórico pode ser dividido em três momentos: a *heuresis*, ou invenção, o momento de construir um *topos*, um ponto de partida argumentativo; a *taxis*, ou disposição, o arranjo, a percepção do momento certo para argumentar; e a *lexis*, ou elocução, a busca pelas palavras, pelos elementos e a boa forma do discurso⁸³. O termo *tópica* da mesma forma, também tem sua origem resgatada de Aristóteles a partir dessa exposição, mas a temática, como referido, o antecede; como acentua Viehweg, já era patrimônio cultural do mediterrâneo⁸⁴.

Vico mais tarde iria ensinar diferente ao dizer que a retórica é dividida em, não três, mas cinco partes. A invenção, quando o orador encontra argumentos idôneos para usar na sua tese persuasiva; a disposição, para ordenar os argumentos escolhendo o momento certo para cada um; a elocução a preocupação

⁸¹ BARTHES, Roland. **A Aventura Semiológica**. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 23.

⁸² BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Kritik und Vertrauen-estschi für Peter Schneider Zum 70, Geburtstag**. Trad. João Maurício Adeodato, 1990, p. 8.

⁸³ ADEODATO, João Mauricio. Retórica analítica como metódica jurídica. In: **Revista Argumenta – UENP Jacarezinho**, nº 18, p. 11-29.

⁸⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 30.

em adornar o discurso, encontrar o ritmo certo e a composição adequada; a memória, o momento de guardar os argumentos e reflexões encontradas até então e, por fim, a pronúncia, quando finalmente é hora de proferir o discurso com modulação de voz e comportamento adequado de acordo com a situação⁸⁵.

A divisão de Vico pode ser diferente da de Aristóteles, mas muito se assemelha. A *heuresis*, *taxis* e *lexis* deste último estão presentes no discurso daquele. A diferença essencial parece ser a ênfase que Vico dá para o momento da composição correta do discurso, a forma e adorno - esta que é a *lexis* de Aristóteles - em três momentos separados.

Com isso, tem-se que ambos concordam que a retórica não se constitui numa mera busca contínua da perspicácia ou do estilo, como fala Adam Smith na sua “2ª Conferência Sobre Retórica e belas-letras”⁸⁶. Isso porque, aqui, a adesão e o convencimento jogam papel decisivo.

Assim, a tradição da análise retórica na Antiguidade buscava os elementos de criação, da forma e do estilo do discurso, promovendo o diálogo e o debate acerca de ideias e opiniões e compreendendo que não se pode falar em verdade, mas verossimilhança, quando existe espaço para o diálogo⁸⁷. Nas questões da reivindicação do direito de propriedade dos mercenários que ajudaram a acabar com as tiranias gregas e instaurar a democracia não havia uma verdade antecedente para ser racionalizada pelo intelecto humano, como pressupõe o atual sistema axiomático-dedutivo, mas possibilidades a serem debatidas entre os cidadãos; aqueles que dominavam a arte do convencimento saíram vencedores.

Na Idade Média, no entanto, o espaço para diálogo e o próprio conceito de democracia, que propicia o florescimento da retórica, ficam prejudicados. A Igreja Católica mantém uma força central que impõe a tradição da verdade de Deus, da verdade revelada e expressão do que é sagrado, rompendo a tradição retórica do diálogo.

Mas a retórica não ficou absolutamente esquecida durante a Idade Média. Pelo contrário, fazia parte do *trivium*, o currículo de formação em linguagem, que

⁸⁵ VICO Giambattista. **Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tempo y principios de oratoria**. Trotta: Madrid, 2005, p. 123.

⁸⁶ SMITH, Adam. **Conferências sobre retórica e belas-letras** (2ª conferência). Rio de Janeiro: Topbooks, 2008, p. 79.

⁸⁷ ADEODATO, João Mauricio. Retórica como metódica para estudo do direito. In: **Revista Sequência**, nº 56, p. 55-82, jun. 2008.

era composto por retórica, lógica e gramática⁸⁸. A retórica medieval, no entanto, foi extirpada de sua característica dialética e transformada apenas na arte de discursar. Assim, a retórica medieval não era composta pela *heuresis* e *taxis*, mas apenas pela *lexis*, a elocução.

Dessa forma, a discussão da retórica atravessa a Idade Média e chega a Idade Moderna como a preocupação com a forma do discurso, negando com isso, a pluralidade e a força do diálogo, próprias, também, da natureza da retórica. A principal consequência disso é a necessidade medieval de afirmar a verdade de Deus, única, metafísica e absoluta, portanto, contrária a retórica. Assim, o *eikos*, a verossimilhança da Antiguidade, fica esquecida e a verdade prevalece no discurso e imaginário do senso comum, de modo a se tornar algo possível e imaginável. O conceito de diálogo, de argumentação e de convencimento resultando em verossimilhança é perigoso para os propósitos medievais, que lutam para controlar qualquer processo de ruptura⁸⁹.

Essa tradição sobrevive à Idade Média e chega à Idade Moderna com a única ressalva de que, nesta última, Deus foi substituído pelo ser humano. Se antes a verdade de Deus era absoluta, agora o ser humano passa a ser o ente universal que traz consigo a verdade dedutível e impositiva a todos.

O direito e o procedimento judicial contemporâneo são herdados do período da Idade Moderna, em que se acredita em verdades a serem reveladas pelo esforço intelectual e a retórica é suprimida. Por essa razão, o procedimento judicial é pensada a partir de premissas da racionalidade apodítica, de demonstração ao invés de convencimento, ou de verdade, não verossimilhança. O direito contemporâneo, em razão desta tradição, usa o termo verdade quando se refere a ordem, fala sobre o direito quando se refere a um posicionamento⁹⁰.

No entanto, a partir do séc. XX e mais especialmente depois da Segunda Guerra, a perspectiva relativista de pluralidade renasce nas democracias ocidentais, trazendo consigo o renascimento da própria retórica clássica. Com a virada retórica dos anos 50 volta-se a introduzir nas discussões de direito o diálogo,

⁸⁸ LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego**: la nación europea, señorío humanista (siglos XIV – XVII). Mexico D.F.: Fondo de cultura econômica 2005, p. 43.

⁸⁹ ADEODATO, João Mauricio. Retórica como metódica para estudo do direito. In: **Revista Sequência**, nº 56, p. 55-82, jun. 2008.

⁹⁰ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Kritik und Vertrauen-estschi für Peter Schneider Zum 70. Geburtstag**. Trad. João Maurício Adeodato, 1990, p. 2.

a argumentação e pluralidade de verdades – ou ordens - possíveis. O direito a partir dessa perspectiva é relativo e plural, e por isso nega a ideia de certeza e estabilidade do direito. O pensamento jurídico a partir de então ganha novamente a perperspectiva problemática, isto é, entende que tem diante de si um problema, uma questão que aparentemente admite mais de uma resposta⁹¹.

O que se chama de virada retórica é a formação de uma teoria da argumentação herdeira de série de obras publicadas no incício dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar raciocínios jurídicos e a reinserção do pensamento problemático, como referido⁹². Dentre as concepções mais relevantes está a de Theodor Viehweg, a quem esta tese dedica sua atenção mais especial.

No entanto, o discurso do direito proposto pelo Estado se vê renitente de ceder aos avanços da racionalidade retórica, pois ele se alimenta do próprio discurso. O direito institui categorias, formas e procedimentos que solidificam as próprias formas e, com isso, ratificam o próprio direito, garantindo a estabilidade. O direito, portanto, trabalha contrariamente a ruptura, o que explica a necessidade de excluir a racionalidade retórica do seu perfil de aprendizado e formação.

No entanto, a própria linguagem do direito, apesar de assim não admitir, é retórica. A medida que escolhe usar o termo “verdade” ao invés de “ordem”, assim o faz para convencer mais facilmente e com isso se fortalecer⁹³. A medida que se tem a decisão judicial trazendo consigo a verdade, e não mera ordem advinda de procedimento, a autoridade humana do ato de procedimento é substituída pela autoridade do discurso, que se fortalece com a repetição, criando, com isso, mais e mais confiança. A confiança nessa linguagem é que acarreta a confiança no direito. A retórica do direito, portanto, é a retórica material do convencimento e fortalecimento das formas e procedimentos, não a retórica do diálogo e da verossimilhança.

Mas, afinal, como caracterizar a retórica? A racionalidade pode ser dividida em duas, a apodítica e a dialética. A razão apodítica é que pode ser demonstrada, pois parte de premissas necessárias, em que não existem dúvidas, mas apenas certezas. A racionalidade dialética, por sua vez, parte de um *dubium* e se

⁹¹ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 81.

⁹² ATIENZA, Manuela. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 59.

⁹³ ADEODATO, João Mauricio. Retórica analítica como metódica jurídica. In: **Revista Argumenta – UENP Jacarezinho**, n° 18, p. 11-29.

desenvolve no discurso através de opiniões, proposições, escolhas e predisposições. Argumentação, ao contrário da demonstração, está ligada a ação com objetivo de conquistar adesão⁹⁴.

Assim, quando se fala em premissas necessárias, como na matemática, tem-se a racionalidade apodítica. No entanto, a racionalidade que trabalha com categorias questionáveis, faz proposições, usa do discurso e da dedução para formar opiniões ou crenças é a dialética; Aristóteles chama esse método de tópico⁹⁵. Tópico vem do grego *topos*, lugar, e quer dizer que algo vem daquele lugar. Dessa forma, tópica é a racionalidade das particularidades, do discurso que não é necessário, mas contingente.

Na lógica a conclusão é formulada em solidariedade com as premissas, ela decorre das premissas; na retórica, ao contrário, a conclusão decorre da aceitabilidade das premissas⁹⁶. Na demonstração não existe ambiguidade, contrariamente a argumentação onde reside sua força.

O procedimento judicial, por isso, assemelha-se mais à retórica que à lógica, pois a conclusão dada na decisão judicial depende inteiramente da aceitação do juiz em relação aos fatos e da própria aceitação social de que determinada norma é justa. Com isso, as premissas no discurso judicial não são verdades, mas endoxa⁹⁷, parecem aceitáveis para a maioria. A finalidade do direito, como da argumentação, é provocar adesão à tese⁹⁸ colocada na decisão de modo a finalizar o conflito social. Com isso, tem-se que a argumentação não objetiva determinar a verdade, mas provocar aderência ao argumento; se o auditório aceita as premissas, deve aceitar a tese, acarretando adesão⁹⁹.

A abordagem retórica parte do princípio de que o discurso jurídico é moldado por regularidades, a medida que tais e tais normas e decisões são comumente aceitas, e não por regras instrumentais ou atribuições universais¹⁰⁰, como pressupõe o sistema lógico-dedutivo.

⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 87.

⁹⁵ ARISTOTELES. **Tópicos**. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007, p.233.

⁹⁶ ATIENZA, Manuel. *op.cit.*, p.105.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 64.

⁹⁸ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 29.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁰ SOBOTA, K. Não mencione a norma. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

Entre a racionalidade lógica passível de demonstração e a pura arbitrariedade existe o campo da razoabilidade. A decisão razoável é aquela que se dá quando não pode ser racional, mas traz equilíbrio entre as contrapropostas, é aceitável pela comunidade¹⁰¹. Assim, a tópica é a racionalidade da argumentação razoável ou provável. Não se trata de opinião ou crença, pois essas são arbitrárias, mas de *endoxia*, ou *boa opinião*. Que significa boa opinião? Trata-se da opinião que pode convencer; aquela que, aceitas as premissas, torna-se plausível. A prática da atividade jurídica está, portanto, em manejar argumentos com habilidade¹⁰².

A característica retórica do procedimento judicial ajuda a explicar o porquê da possibilidade de se ter dentro do mesmo sistema decisões judiciais divergentes entre si. A busca das premissas não resulta em descoberta de uma verdade absoluta que corresponde à realidade, mas é resultado da argumentação das partes e de quem apresenta discurso mais razoável e, por isso, mais aceito. Assim, é possível resultados diferentes, pois podem haver premissas diferentes em casos semelhantes.

Em certo momento Aristóteles argumenta que a maioria dos atos são bem intencionados e visam o bem; quase todas as pessoas acreditam que o bem provoca felicidade; a maior parte das pessoas, portanto, buscam felicidade. Essa argumentação é tópica¹⁰³. Ela parte de premissa não necessária, “os atos visam bem” e constrói proposições que culminam na *endoxia* de que as pessoas buscam felicidade. Essa conclusão depende de deduções e de proposições para se sustentar, mas se sustenta, ou convence, o interlocutor por serem razoáveis.

Analisar a retórica é estudar as palavras, entender a fluidez do discurso¹⁰⁴. O orador deve deleitar, comover, ensinar de modo a agradar seu ouvinte para que ele escute de bom grado. Mas, para Vico, tais tramoias e maquinações, apesar de

¹⁰¹ ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. **Cuadernos de filosofía del derecho**, nº 4, 1987, p. 193.

¹⁰² FEITOSA, Enoque. A argumentação jurídica em torno dos chamados casos difíceis. **Revista da Amatra VI**, ano X, nº 29, 2007, p. 44.

¹⁰³ ARISTOTELES. **Tópicos**. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007, p.234.

¹⁰⁴ VICO, Giambattista. **Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tempo y principios de oratoria**. Trotta: Madrid, 2005, p. 111.

importantes, não guardam a força do discurso. A verdadeira força da retórica está nos argumentos¹⁰⁵.

A persuasão pelo discurso, por fim, usa o raciocínio dedutivo para construir um argumento. Tenta demonstrar o que parece ser a verdade através do que pode ser objetivo e persuasivo em cada caso particular¹⁰⁶. É a manipulação eficiente dos argumentos de modo a encadear causas e efeitos que persuadam os ouvintes.

A verdade como correspondência, a verdade como expressão do real, só pode ser, portanto, metafísica. Verdade é propriedade das proposições, independente da opinião das pessoas, os raciocínios analíticos são demonstrativos e impessoais. Esse não é o caso dos raciocínios dialéticos, estes são feitos de opiniões geralmente aceitas. O que é geralmente aceito é verossímil, mas não se deve confundir essa verossimilhança com probabilidade calculável. Verossimilhança divide características com a razoabilidade, não com a probabilidade¹⁰⁷.

No debate entre litigantes no processo judicial cada parte está, ao menos inicialmente, convencida que sua versão é a verdade. Os contrargumentos podem, no entanto, colocar em dúvida, mas, dificilmente, um litigante vai conceder ao adversário. Ele prefere se convencer que a correição do outro é ilusória e que durante a discussão ocorrerá um argumento oponível contra aquele para corroborar a sua tese. Assim, os litigantes se vêem obrigados a agir com improbidade, de maneira desonesta. Isso se dá para Schopenhauer porque o seres humanos não são humildes, nobres ou bons por natureza, discutem pela vaidade de ganhar, não pelo desejo de produzir verdade enquanto correspondência. Se fossem sempre honestos não haveria diferença entre verdade e validade, ou aprovação¹⁰⁸.

Desde já é possível perceber, portanto, a dificuldade de admitir o conceito de justiça, leis e decisões absolutas já que a discussão judicial tem natureza dialética e retórica. A única maneira de haver verdade e justiça de maneira universal, ou efetivamente materiais, como termos metafísicos, seria transformando

¹⁰⁵ VICO Giambattista. **Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tempo y principios de oratória**. Trotta: Madrid, 2005, p. 114.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p.97.

¹⁰⁷ PERELMAN, Chaim. **O Império Retórico**. Trad.Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993, p.22.

¹⁰⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Madrid: Trotta, 1997, p. 47.

a argumentação judicial numa demonstração (transformando, assim, tópica em lógica). Para fazê-lo o orador teria que precisar os termos utilizados eliminando toda ambiguidade e, com isso, retirar do raciocínio múltiplas interpretações¹⁰⁹. A interpretação perturba a ordem de um sistema dedutivo, a não ser que este consiga convencionar todos os significados possíveis para todos os símbolos que utiliza¹¹⁰. A impossibilidade reside aí; não parece razoável eliminar completamente múltiplas interpretações dentro da discussão judicial, especialmente se se tem partes com interesses diametralmente opostos e percepções distintas acerca da realidade.

Existe uma consciência coletiva no mundo jurídico de que a interpretação deve ser silenciada. Mas a realidade se mostra contrária. O jurista sempre interpreta, até em questões procedimentais que comumente são identificadas como objetivas há interpretação, como quando o juiz constata que houve prescrição do direito de agir; essa conclusão é derivada de interpretação. Falar que algo prescinde de interpretação no direito é dizer que, naquele momento, existe consenso acerca daquela interpretação¹¹¹.

Dessa forma, a retórica vai servir quem for capaz de formar silogismos e puder teorizar sobre virtudes e paixões. Nesses termos, Aristóteles ensina que a retórica é filha da dialética.

O entimema, o argumento retórico em que uma premissa explícita induz uma segunda premissa, é um silogismo¹¹², uma argumentação lógica. Porém um silogismo no qual a supressão de uma máxima ou da conclusão cumpre efeito persuasivo, já que é menos agradável sentir que foi conduzido a uma conclusão que sentir que chegou lá de maneira independente.

O silogismo é conceito proeminente no sistema lógico-dedutivo, é o meio através do qual a conclusão se apresenta no discurso jurídico. Na abordagem retórica, no entanto, ele não é um método de decisão para ser seguido pelo juiz, como a doutrina jurídica – ou dogmática - ensina, mas um estilo de apresentação

¹⁰⁹ PERELMAN, Chaim. **O Império Retórico**. Trad.Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993, p.73.

¹¹⁰ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. BeloHorizonte: Arraes, 2013, p. 28.

¹¹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Madrid: Gedisa, 1997, p. 34.

¹¹² ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p.98.

da decisão¹¹³. Assim, a retórica não mata o silogismo, mas o incorpora no seu formato.

Nesse tipo de racionalidade tópica existe dúvida e a dúvida incita o diálogo, que eventualmente leva à boa opinião. Com a boa opinião é preciso perceber se o interlocutor concorda com o orador, se se convence. Esse processo é diferente da lógica, em que se trabalha com o monólogo; a tópica, por sua vez, constrói-se com o diálogo. O texto legal não é autoevidente, como pressupõe o sistema axiomático-dedutivo¹¹⁴.

Assim sendo, retórica é a faculdade de descobrir os meios de persuasão efetivos sobre qualquer questão dada. É a técnica e a arte de questionar e sustentar um argumento, defender-se ou acusar¹¹⁵ usando da melhor forma possível para assim fazê-lo. Para Aristóteles, então, a retórica é a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir.

Nem todas as provas de persuasão são próprias da arte da retórica. São provas inartísticas as que não são produzidas pelas pessoas como testemunhos, confissões sob tortura ou documentos escritos. Provas artísticas são as que podem ser preparadas através de método pelas pessoas, as que advêm do raciocínio. Assim, é necessário utilizar as primeiras, mas inventar as segundas¹¹⁶. As provas artísticas são, portanto, a expressão do uso da retórica¹¹⁷, que excede a descrição das provas inartísticas e as trabalham para construir a tese que interessa ao orador.

São três espécies de provas de persuasão através do discurso. Pelo caráter moral do orador, pela maneira que se dispõe o ouvinte e pelo que o próprio discurso parece demonstrar, como ensina Aristóteles¹¹⁸.

Persuade-se pelo caráter quando o orador deixa a impressão de ser digno de fé. Quando o orador convence o público que está qualificado para falar sobre o assunto e sua autoridade serve como meio de convencimento dos argumentos. No entanto, para falar precisamente de retórica é preciso que a confiança no orador

¹¹³ SOBOTA, K. Não mencione a norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

¹¹⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Madrid: Gedisa, 1997, p. 35.

¹¹⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 89.

¹¹⁶ Ibid., p.96.

¹¹⁷ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de A. **A retórica e a reconstrução da “verdade” na decisão jurídica**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v.17, n. 2, p. 125-143, maio-agosto. 2015. Quadrimestral. P. 131.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. op.cit., p.96.

seja resultado do discurso e não em razão de opinião prévia acerca deste indivíduo¹¹⁹. Assim, se o orador convence que tem autoridade para falar sobre o assunto, a nova autoridade conquistada ajuda-o a persuadir seus ouvintes. A própria noma jurídica pode ser entendida como argumento de autoridade¹²⁰, a medida que a sociedade aceita a autoridade do Estado para dirimir conflitos pessoais.

Da mesma forma, a pessoa do orador pode ser usada não para reforçar a tese argumentada, mas para refutá-la. Ataca-se a própria pessoa do adversário retirando sua autoridade perante o auditório¹²¹.

A persuasão pela disposição dos ouvintes se dá quando estes são levados a sentir emoção por meio do discurso. A retórica aqui usa dos sentimentos de tristeza ou alegria, ódio ou amor para convencer de um argumento. A amplificação de um argumento ou uma história podem ser usados para evocar emoções da audiência¹²². Assim, o orador deve julgar se usar das emoções da audiência é conveniente e eficaz para provar sua ideia.

O discurso oratório comporta três elementos: o orador, o assunto sobre o qual se fala e o ouvinte. O resultado do discurso refere-se ao ouvinte; ele que, ao final, vai se manifestar, vai se convencer ou não. Para melhor compreender como se comportam os ouvintes, Aristóteles dividiu em três gêneros os discursos retóricos: o deliberativo, judicial e epidíctico.

Na retórica deliberativa os oradores aconselham ou dissuadem acerca de eventos futuros. No gênero judicial a acusação e a defesa persuadem o juiz acerca de um evento passado. No epidíctico tem-se o elogio ou a censura no presente¹²³.

Da mesma maneira ensina Vico. Para ele as questões numa argumentação tem três gêneros possíveis: no deliberativo há persuasão ou dissuasão acerca de acontecimento futuro; no judicial os oradores acusam ou defendem acerca de algo já passado; no demonstrativo existe o elogio ou a censura de acontecimento vigente¹²⁴.

¹¹⁹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p.96.

¹²⁰ ATIENZA, Manuela. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 98.

¹²¹ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Madrid: Trotta, 1997, p. 56.

¹²² ARISTÓTELES. op.cit., p.97.

¹²³ Ibid., p.104.

¹²⁴ VICO, Giambattista. **Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tempo y principios de oratória**. Trotta: Madrid, 2005, p. 117.

Assim, a retórica judicial é justamente a argumentação jurídica prevista no modelo de processo judicial dogmático, que olha para o passado, decide no presente e projeta para o futuro. Advogados de acusação e defesa devem escolher a melhor forma de persuadir o juiz hoje acerca de como ocorreu um evento no passado, de modo a alcançar decisão que condiciona o futuro. A finalidade dessa retórica, afirma Aristóteles, é o justo e o injusto. Apesar de não ser algo deliberadamente planejado, o injusto é um resultado possível na retórica judicial, pois o direito é um mecanismo de institucionalização de interesses¹²⁵. Assim, ao contrário do procedimento jurídico dogmático-positivista que obriga a aplicação da norma e diz que com isso se produz justiça, a retórica jurídica admite que o produto de uma decisão judicial pode o justo ou o injusto.

Dessa forma, o propósito do orador é convencer o ouvinte. Como já mencionado, o convencimento não pode se dar através de demonstração, pois a racionalidade do discurso judicial não é lógica, mas tópica e dialética. Assim, usando o método retórico, o orador deve construir o seu discurso pensando no ouvinte. Retórica é discurso adaptado¹²⁶. A partir de premissa que se adapta ao auditório e preocupando-se com a elocução é possível criar disposição no auditório para aceitar a argumentação e para, efetivamente, convencer. Importante perceber, portanto, que a retórica não demonstra, ela convence, o que significa que uma ou outra tese pode ser bem sucedida, pois dependem do manejo do orador. Por isso Aristóteles avisa desde o início que a retórica não tem compromisso com a justiça e ambas, justiça e injustiça, podem ser produto dela.

Como afirma Schopenhauer, quem discute não o faz por amor a verdade, mas por amor a sua tese, seja ela lícita ou ilícita¹²⁷.

A tópica e a retórica não pensam a partir do sistema, mas do problema. Dessa forma, não existe por parte dos advogados ou o magistrado compromisso com o sistema judiciário, político ou social. A preocupação desses oradores, cada um em seu momento, é com o problema que têm diante de si, com o caso concreto. Assim, se o juiz acredita que o sistema legal não é suficiente para solucionar um problema, ele pode construir argumentação razoável usando outros

¹²⁵ KENNEDY, Duncan. In: *Left Legalism*. BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (Org.). **La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies**. Trad. Juan Bertomeu. NC: Duke University Press, 2002. P. 47-90. P.62.

¹²⁶ PERELMAN, Chaim. **O Império Retórico**. Trad.Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993, p.41.

¹²⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Madrid: Trotta, 1997, p. 47.

recursos, pois, para a retórica, o sistema não está posto, ele é montado através do problema¹²⁸. Esse raciocínio guarda diversas similaridades com a teoria do realismo jurídico, que pensa a solução de problemas judiciais não necessariamente a partir da norma escrita, mas também através do magistrado. Esse é também o argumento trazido para fundamentar as peculiaridades do procedimento que trata de criança e adolescente que, com base no princípio do melhor interesse, permite-se separar do sistema para produzir o que é justo de acordo com a razoabilidade do argumento.

A análise da racionalidade do procedimento judicial mostra que não há que se falar em definição ou demonstração válida para todos. A decisão judicial parte de premissas, proposições e escolhas que inspiram determinado conhecimento. Dessa forma, a injustiça, tanto quanto a justiça, é produto da decisão de direito. Assim, os princípios de justiça, as leis e as instituições podem cometer injustiças.

O direito da criança e do adolescente, no entanto, parte de um metaprincípio que deve inspirar toda a criação normativa e aplicação desse subsistema: a doutrina da proteção integral. Para essa máxima a criança tem direito a sempre ter seu interesse protegido, muitas vezes em detrimento do próprio sistema lógico-dedutivo. Diante disso, para provar a tese central do trabalho de que a racionalidade tópica é mais eficiente para justificar as decisões que protegem o direito da criança mesmo quando contrárias à norma, necessário compreender a racionalidade tópica nos moldes da teoria de Theodor Viehweg.

3.2 O CONHECIMENTO RETÓRICO A PARTIR DA VIRADA RETÓRICA DO SÉC. XX: TÓPICA DE VIEHWEG

Resta agora compreender o referencial teórico do trabalho, que sustenta a argumentação de que a garantia dos direitos da criança e do adolescente são produtos de argumentações tópicas que justificam e aprovam a ruptura com o sistema lógico-dedutivo para assegurar o princípio do melhor interesse.

Viehweg nasceu em 1907, em Leipzig, na Alemanha. Coursou Direito na Universidade de sua cidade natal e frequentou, durante a 1ª Guerra Mundial, os seminários de filosofia de Nicolai Hartmann, importante nome em sua obra, a partir

¹²⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p.34.

de quem trabalha a distinção e ligação entre problema e sistema¹²⁹. Tornou-se juiz e se desempregou no pós-guerra, quando então preparou sua obra *Topik und Jurisprudenz* (Tópica e Jurisprudência (1979) em português) que foi apresentada na Universidade de Munique como tese de livre-docência. Faleceu em 1988, e seu último trabalho foi o de professor emérito na Universidade de Mainz¹³⁰.

Durante sua carreira, Viehweg não escreveu muito. Tópica e Jurisprudência é identificada como sua obra central, mas há também uma antologia publicada postumamente que reúne artigos escritos por Viehweg ao longo de mais de 20 anos. Esta antologia foi organizada por Ernesto Garzón Valdés e publicada sob o título de *Tópica y filosofía del derecho*, em 1991, em Barcelona. Nela se insere uma discussão relevante para a construção teórica de Viehweg sobre a distinção entre dogmática e zetética, além de alguns escritos sobre a tópica jurídica.

Viehweg interpretou o direito a partir da tópica como um sistema aberto de regras e princípios, no qual não há certezas absolutas e nada é indiscutível. No seu estudo da jurisprudência, a ciência jurídica, ele aponta que a tópica é um modo de pensar problemático desenvolvido a partir da retórica¹³¹. Para ele, a sistematização dedutiva do direito pretendida pelo modelo matematizante, como visto, é inadequada para organizar o saber jurídico e retirar suas características fundamentais¹³².

Para os cartesianos defensores deste modelo lógico-dedutivo o direito ou seria dedutivo ou seria irracional. Viehweg busca uma alternativa para este dilema do direito na tópica¹³³. Defende que existe racionalidade sem dedução. Essa racionalidade não é, no entanto, apodítica, mas tópica. É pensar por problemas específicos e não de forma sistemática, não pressupondo o sistema como totalidade. Este trabalho, por sua vez, a partir das suas ideias, defende que a racionalidade tópica está presente no estatuto da Criança e do Adolescente e na sua prática.

¹²⁹ FEITOSA, Enoque. **Notas para um diálogo entre tópica e retórica enquanto modelos modelos descritivos**. Artigo no prelo apresentado no âmbito do Grupo de Pesquisa Marxismo e Direito.

¹³⁰ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3.

¹³¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 16.

¹³² AMADO, Juan Antonio García. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 144.

¹³³ Ibid., p. 155.

Com a tópica, a inteligência humana pode considerar uma situação a partir de diversos ângulos e encontrar uma quantidade variada de pontos de vista, fazendo a resolução de problemas mais precisa. Aqui investiga-se o fenômeno jurídico do ponto de vista lógico e sociológico¹³⁴. O objeto de estudo do direito, com isso, é a relação entre a norma e o comportamento humano, tanto dos cidadãos quanto daqueles que ocupam cargos oficiais na criação e aplicação do direito¹³⁵.

É apenas o problema concreto que pode acarretar o jogo de ponderação próprio da arte da invenção, como Viehweg chama a retórica. Pois é a partir da situação que podem ser pensadas as razões que aconselham ou desaconselham tomar determinado passo. Trata-se de um meio mais eficaz que o simplismo da objetividade na racionalidade apodítica¹³⁶.

A tópica, dentro da prática jurídica, tem ação muito diretiva, trata de levar o juízo, com o apoio de valores argumentados, a uma decisão plausível do ponto de vista racional. Tópica é, assim, fonte da dogmática¹³⁷.

A verdade tópica é, portanto, dialética, tem como pressuposto o consenso através do diálogo; não se confunde com dedução lógica, como a dogmática tradicional se descreve¹³⁸. Dessa forma, as tentativas modernas de eliminá-la da jurisprudência, a ciência do direito, tem êxito limitado¹³⁹.

Como discutido no capítulo anterior, Aristóteles diferenciou o raciocínio apodítico, fundado em premissas necessárias e verdadeiras, que inspira o sistema axiomático-dedutivo, do raciocínio dialético, que, por sua vez, parte de opiniões aceitas no domínio da arte da argumentação, não verdades tidas como evidentes. Este último seria o campo da tópica. Tanto o raciocínio apodítico quanto o dialético são formalmente corretos, o que muda é a natureza da premissa. A tópica, portanto, parte de opiniões comumente aceitas, não verdades evidentes.

A apodítica trata do campo da verdade, enquanto a dialética é o terreno dos retóricos, pois trata do meramente opinável¹⁴⁰. A tópica pertence à dialética.

¹³⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Madrid: Gedisa, 1997, p. 23.

¹³⁵ Ibid., p. 24.

¹³⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 34.

¹³⁷ Ibid., p. 13.

¹³⁸ Ibid., p. 14.

¹³⁹ Ibid., p. 16.

¹⁴⁰ Ibid., p. 22.

Seu trabalho consiste em encontrar um método com base no qual seja possível estabelecer conclusões a partir de opiniões, evitando contradição¹⁴¹.

O discurso jurídico pretende superar a situação em que as partes em conflito são donas de sua verdade. Os litigantes se dispõem a convencer o outro e o juiz de suas razões numa exposição dialógica para persuadir. O discurso jurídico, portanto, trata de problemas para encerrá-los através da obtenção de premissas e argumentos, tornando-os aceitáveis pelo outro¹⁴².

Do ponto de vista meramente formal, as conclusões dialéticas não se distinguem das apodíticas. Distinguem-se, no entanto, pela natureza das premissas. As conclusões dialéticas tem como premissas opiniões respeitáveis, verossímeis e aceitas por todos ou a maior parte das pessoas, é a chamada *endoxa*¹⁴³. Portanto, a tópica tem como pressuposto premissas que parecem verdadeiras de acordo com opiniões respeitáveis, mas que não necessariamente são verdadeiras, do ponto de vista de verdade enquanto correspondente à realidade. A dialética como arte da argumentação crítica permite investigar as aporias em todas as direções¹⁴⁴, pois não está adstrita a axiomas.

A dialética também pode dispor da indução do silogismo, o raciocínio lógico-dedutivo, que permite tirar conclusões certas. Assim o faz para ajudar a encontrar soluções adequadas em procedimentos instrumentais, como a construção das premissas, as distinções de significado de expressão linguística em debate, desvendar as semelhanças entre gêneros de conceitos¹⁴⁵. Mas de onde surgem suas premissas, se não há apego ao dogma, mas construção do debate a partir do problema? Necessário entender o conceito de *topos*.

3.2.1 A definição de topos e sua presença no discurso jurídico: o desafio de flexibilizar a dogmática

Os *topoi* são os pontos de vista aceitáveis e utilizáveis universalmente que, conforme opinião a favor ou contra, podem ajudar na construção de uma

¹⁴¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 23.

¹⁴² FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

¹⁴³ VIEHWEG, Theodor. op.cit., p. 24.

¹⁴⁴ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 109.

¹⁴⁵ VIEHWEG, Theodor. op.cit., p. 25.

verdade¹⁴⁶. São ainda os argumentos que, em determinado contexto histórico, social, cultural ou jurídico, contém a seu favor uma presunção de plausibilidade; são, portanto, genericamente aceitos¹⁴⁷. Pode ser compreendido também como uma forma de defender um valor¹⁴⁸.

Atienza aponta que o conceito de *topos* é usado em vários sentidos diferentes, as vezes como equivalente de argumento ou como ponto de referência para construção do argumento, ou ainda como enunciado argumentativo¹⁴⁹. Tércio Sampaio, por outro lado, é taxativo ao dizer que *topos* para Viehweg é a fórmula de procura, serve de orientação na montagem da estratégia argumentativa¹⁵⁰.

De fato, pode ter algumas variações de sentido, mas, para essa tese, serão os pontos de partida, a referência a partir da qual o argumento é construído. O Estatuto da Criança e do Adolescente pensa a partir do problema, do caso concreto daquela criança, e, por causa disso, surgem os argumentos no procedimento judicial que parecem razoáveis para proteger o *topos* do melhor interesse da criança, mesmo que isso acarrete o afastamento do dogma posto na norma escrita.

Assim, para construir argumento favorável e irrecusável para o oponente, é necessário entender a técnica da disputa. De início, descobrir o *topos* de onde deve decorrer a conclusão desejável; em seguida formular as perguntas específicas e colocá-las de uma maneira para, em seguida, apresentá-las ao oponente na ordem correta, de modo que ele mesmo o ajude a chegar a conclusão¹⁵¹.

Desse modo, Viehweg, com a assistência dos ensinamentos de Aristóteles, ensina que a primeira tarefa na dialética é descobrir qual a proposição que o adversário pode concordar, o *topos*, para que possa, com a assistência das perguntas direcionadas, chegar a mesma conclusão que se considera desejável. Assim, para usar da dialética a primeira providência deve ser o desprendimento do conceito de verdade objetiva, ou verdade como correspondência à realidade, pois esta é matéria da lógica. Aqui se tem a arte de ter razão¹⁵².

¹⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 26.

¹⁴⁷ AMADO, Garcia. Tópica, derecho y método jurídico. **Cuadernos de filosofía del derecho**, nº 4, 1987, p. 171.

¹⁴⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação**. São Paulo: Landy, 2002, p. 89.

¹⁴⁹ Ibid., p. 71.

¹⁵⁰ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22.

¹⁵¹ VIEHWEG, Theodor. op.cit., p. 26.

¹⁵² SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Trotta: Madrid, 1997, p. 53.

Canaris critica a afirmação de Viehweg de que as premissas jurídicas são legitimadas pela aceitação do adversário ou do auditório no discurso. Afirma que as premissas jurídicas fixadas pelo direito objetivo – as normas dadas pelo Estado – não estão sujeitas a legitimação¹⁵³. Ora, essa é a posição dogmática do discurso jurídico. No entanto, essas normas são derivadas de procedimentos argumentativos que fixaram, por sua razoabilidade, os dogmas que foram normatizados, mas que antes de virarem lei eram os pontos de partida do pensamento jurídico. Da mesma forma, referidos dogmas estão à mercê do tempo e dos contextos sobre os quais são postos. Assim, novos pontos de partida – *topos* – podem vir a surgir.

Tércio Sampaio concorda com Viehweg ao opinar que, para o orador, sua opção argumentativa no discurso depende da reação do ouvinte, “*em última análise, é o ouvinte quem determina a estrutura do discurso*”¹⁵⁴.

Assim, se se quer investigar determinada matéria faz-se necessário conhecer seus *topoi*, os argumentos, os lugares de onde se extrai material¹⁵⁵. Quando se fala em direito da criança e do adolescente esses *topoi* serão os princípios da proteção integral, primazia absoluta e, mais especialmente para esse trabalho, o melhor interesse. São esses princípios que servem como argumentos universais, irrecusáveis por qualquer um, portanto, aceitos por todos.

A tópica deseja desenvolver orientações sobre como proceder em situações nas quais a questão se coloca, mas não se esclarece; nas chamadas aporias, os impasses. Tem-se, com isso, um problema, uma questão que pode apresentar mais de uma resposta. Para Amado esse é objetivo central da tópica: direcionar como proceder diante de uma aporia¹⁵⁶. Para chegar à resposta é necessário colocar o problema no início de um processo dedutivo capaz de, ao fim, prover a resposta. Esse nexos dedutivo pode ser chamado de sistema; da ordenação do sistema, com isso, é possível chegar à solução do problema¹⁵⁷.

O propósito do raciocínio dogmático é fixar certas opiniões, isso significa excetuá-las de qualquer questionamento que posteriormente possa advir. O

¹⁵³ CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989, p. 256.

¹⁵⁴ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34.

¹⁵⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 28.

¹⁵⁶ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 75.

¹⁵⁷ VIEHWEG, Theodor. op. cit., p. 34.

sistema jurídico assim o faz porque, se os dogmas são postos fora de questão, as perturbações são minimizadas; tem-se um mecanismo para tratar adequadamente as eventuais rupturas. Este é o objetivo do sistema jurídico sob a perspectiva dogmática, é operacional. Sua função social não pode ser esquecida: a estabilização de um corpo central de princípios que tem ser conservados na forma de dogmas¹⁵⁸. Por isso, para este sistema ação de fundamentar deve ser nada mais que, após uma sucessão de passos pré-estabelecidos, deduzir a conclusão evidente¹⁵⁹.

Se se deseja cultivar a dogmática é necessário insistir na finitude do raciocínio, porque se os pensamentos se movem infinitamente a dogmática deixa de ser prática¹⁶⁰.

Ao mesmo tempo, no entanto, tem o desafio de se manter flexível para se ajustar aos novos problemas, as situações sobre as quais ainda não foram estipulados dogmas na forma da lei, ou ainda quando o legislador é descuidado e provoca antinomias. O sistema não cumpre sua função social se permite o *non liquet*, se autoriza o juiz a não julgar diante de situação dessa natureza.

Dessa forma, o legislador, ao determinar comportamentos humanos, deve ser ao mesmo tempo suficientemente estável, nos moldes da dogmática, mas suficientemente flexível¹⁶¹. Havendo proibição do *non liquet*, o sistema jurídico tem que ser completo, pois o juiz deve ter fundamento para todas as decisões, o que implicaria uma infinidade de leis que muito provavelmente acarretaria ainda mais antinomias, mais conflitos entre leis¹⁶². Para evitar tal consequência indesejável, a solução do sistema dedutivo é a institucionalização de valores comuns e formas de cooperação entre normas, de modo a conceder ao jurista modos formalistas de soluções dos variáveis conflitos que eventualmente possam surgir¹⁶³. Desse modo, as lacunas, que antes pareciam um problema, são justamente o ponto de flexibilidade do sistema¹⁶⁴. São o momento dentro do sistema lógico-dedutivo em que a argumentação aparece sem causar estranheza.

¹⁵⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona. Madrid: Gedisa, 1997, p. 120.

¹⁵⁹ Ibid., p. 154.

¹⁶⁰ Ibid., p. 62.

¹⁶¹ Ibid., p. 17.

¹⁶² FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 133.

¹⁶³ Ibid., p. 134.

¹⁶⁴ Ibid., p. 141.

Quando se coloca o acento no sistema, o ponto de vista é excluído da argumentação, pois foi dado desde o início; conteúdos que sejam incompatíveis com os sistemas são rechaçados. Preliminarmente deve-se decidir não sobre a solução do problema, mas sobre os limites do sistema que se propõe a solucioná-lo¹⁶⁵. Assim, o objetivo do sistema não é solucionar problemas, mas fazê-lo de acordo com os seus próprios parâmetros. É necessário, portanto, buscar as premissas que sejam adequadas para que estas sejam capazes de trazer esclarecimento ao problema. Essa é a tópica de primeiro grau¹⁶⁶.

Com isso, é preciso formar um repertório de pontos de vista disponíveis de onde o procedimento sistemático deve se iniciar. Tal procedimento seria a tópica de segundo grau¹⁶⁷. A tópica jurídica, portanto, seria um catálogo de *topoi* que guia a discussão do problema no procedimento judicial¹⁶⁸. A tópica é fonte da dogmática, a medida que discerne através de enunciados qual a ideologia social de base a ser assegurada pelo direito¹⁶⁹.

Para o direito da criança e do adolescente o catálogo de pontos de vista, ou *topoi*, já disponíveis seria os princípios derivados do Estatuto, como melhor interesse, primazia absoluta ou a própria doutrina da proteção integral. A partir deles e para efetivá-los surgem as argumentações dentro do sistema para a garantia dos direitos da criança.

O raciocínio jurídico, portanto, estaria dividido em dois momentos: pré-lógico, quando há a busca das premissas – a tópica de primeiro grau – e o lógico, de deduzir conclusões a partir destas premissas - tópica de segundo grau¹⁷⁰.

Da observação desses dois momentos é possível concluir, portanto, que o direito exerce duas funções: a produção da norma e, em segundo, a aplicação destas. O sistema lógico-dedutivo dá mais ênfase a esta última de modo a manter o controle e impor o máximo de univocidade na decisão judicial, garantindo a confirmação dos dogmas e coibindo os desvios¹⁷¹.

¹⁶⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.36.

¹⁶⁶ Ibid., p. 37.

¹⁶⁷ Ibid., p. 37.

¹⁶⁸ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 141.

¹⁶⁹ AMADO, Garcia. Tópica, derecho y método jurídico. **Cuadernos de filosofía del derecho**, nº 4, 1987, p. 185.

¹⁷⁰ Idem. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 222.

¹⁷¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69.

O pensamento dogmático do sistema lógico-dedutivo, assim, é um pensamento opinativo, pois se caracteriza como um retrato de uma opinião estabelecida, o dogma¹⁷². Trabalha a partir do dogma para confirmá-lo e evitar perturbações, já que a função social do direito não é outra que não a manutenção da ordem e da paz através do monopólio do conflito social.

A característica mais importante de um sistema é a validade indiscutível dos princípios usados como premissas e o desenvolvimento de um arranjo sistemático a partir da dedução destes princípios. Esta estrutura está tão difundida que muitas vezes é considerada como a única possível¹⁷³.

A racionalidade tópica, com isso, exerce a prodigiosa função de argumentar que não é assim. A própria admissão do fenómeno de institucionalização de princípios aceitáveis por todos, que são transformados em dogmas a serem validados pelo sistema, demonstra a influência da tópica dentro da criação da norma. Como concluir acerca de quais serão os dogmas do sistema senão através de argumentação? Os dogmas são, portanto, produto da indicação de razões e exposição destas de maneira eloquente. Lógica e tópica não são opostos nem pertencem cada um a seu próprio campo. Pelo contrário, atuam em contínua imbricação. Da mesma forma que não funciona um sistema que trabalhe apenas com deduções, também não é possível uma tópica que opere às margens das regras lógicas¹⁷⁴, especialmente se se tem em vista a função diretiva do direito: resolver conflito sociais.

O que produz conhecimento é a experiência do fenómeno das interações sociais observados pelo pesquisador que, com isso, descontextualiza essa experiência para formar os dogmas do sistema lógico-dedutivo¹⁷⁵.

Assim, a jurisprudência tem caráter tópico, ainda que não expressamente admitido. A defesa isolada do sistema lógico-dedutivo exigiria a proibição da interpretação, o que só se atingiria mediante a introdução do cálculo matemático no direito, admissão do *non liquet* e a constante intervenção do legislador para

¹⁷² VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Madrid: Gedisa, 1997, p. 101.

¹⁷³ Ibid., p. 125.

¹⁷⁴ AMADO, Juan Antonio García. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 221.

¹⁷⁵ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 39.

regularizar a situação dos casos supervenientes. Ainda sim os axiomas do sistema seriam arbitrados por operações intelectuais tópicas¹⁷⁶.

Dessa forma, os *topoi* não apenas contribuem para a tradução da compreensão da realidade, mas também ajudam a construí-la¹⁷⁷. Ainda sim, não são imutáveis; são fios condutores de pensamento, orientam e, com isso, transformam e são transformados. Nas palavras de Viehweg “*nenhum pensamento problemático é vinculativo*”¹⁷⁸.

A tópica ajuda a pensar os campos do saber em que se trabalha com o plausível, o contingente. Por isso a jurisprudência seria tópica; não há necessidade se se depende de argumentação e argumentadores. Por isso também o interesse de Viehweg de usar o termo que remete a prudência ao discutir o que mais comumente nos referimos como ciência do direito. Jurisprudência é a teoria da prudência, a *phronesis*, o domínio de adquirir o conhecimento e avaliar de acordo com este; não ciência, que designaria o campo da necessidade¹⁷⁹. Prudência é, portanto, a virtude de deliberar sobre o que deve ou não deve ser a partir do conhecimento adquirido, levando em consideração que a realidade nem sempre se deixa revelar de maneira absoluta. Percebe-se, então, que o trabalho do jurista exige mais sensibilidade que a mera dedução.

O repertório é, portanto, flexível. Pontos de vista que antes seriam classificados como inaceitáveis podem achar seu caminho para a aceitação. Os *topoi* devem desenvolver de maneira adequada perguntas e respostas, as quais depois de cuidadosa análise parecem irrefutáveis se não se admite desprender da inteligibilidade. Mas o domínio do problema exige expansão. O pensamento tópico permite, assim, interpretação, de modo que sem violar as formas ainda é possível descobrir novas possibilidades para resolução dos problemas¹⁸⁰.

A interpretação não viola o dogma, mas possibilita outra forma de o compreender e a tópica ajuda com isso. Por isso o desconforto de muitos, como afirma Viehweg, em aceitá-la ou defendê-la. Ele informa que Kant, por exemplo,

¹⁷⁶ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 144.

¹⁷⁷ Aqui Viehweg se vale de argumentos de: CURTIUS, E. R. **Literatura europeia e idade média latina**. Brasília: INL, 1979, p. 64-65, 72, 80-82 e 86.

¹⁷⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 42.

¹⁷⁹ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 112.

¹⁸⁰ VIEHWEG, Theodor. op. cit., p. 43.

refuta a ideia de um professor examinar determinada matéria como melhor lhe convém e arrazoar sobre ela com aparência eloquente e racional. Outros, como Vico, já avisam que a dinâmica tópica é muito mais frequente do que se permite admitir¹⁸¹. O jurista no sistema lógico-dedutivo, ao discutir formas de interpretação, procura uma permissão de como interpretar que permita se coadunar com o sistema, de modo a confirmar esta racionalidade. A sua interpretação é secundária, pois gira em torno de não perturbar sensivelmente a rigidez sistemática¹⁸².

O que se procura estabelecer, contudo, é que dentro da argumentação tópica é possível dar nova expressão a conceitos antigos. Para Viehweg o direito tem que ter em conta as condições especiais da sociedade na qual surge e se modifica. Toda argumentação deve ser colocada num contexto histórico-social maior para evitar o isolamento¹⁸³. A tópica permite, portanto, a modernização da aplicação do sistema, essa construção procedimental sedimentada em conceitos fundamentais.

Essa é a proposição central da presente tese: defender que a tópica está na criação das decisões judiciais das Varas da Infância e da Juventude, como também na própria estrutura dos documentos legislativos. A capacidade de arrazoar o melhor interesse dentro dos limites do sistema é característica essencial da proteção da criança.

Importante entender que as premissas fundamentais do argumento só podem ser legítimas pela aceitação do interlocutor do discurso. Conceitos como admissíveis ou inadmissíveis, aceitáveis ou inaceitáveis, sustentáveis ou insustentáveis, tem sentido essencial. A dialeticidade e o debate são a única esfera de controle. O que restou aceito ou admissível é a premissa e a solução para o problema. Essa constatação é menos inquietante quando se admite que na argumentação já existe controle prévio, pois os arguidores admitem uns dos outros um complexo de experiências e conhecimento que ajudam a dar validade ao argumento. Não se trata aqui de aceitar opiniões arbitrárias, mas formar juízos efetivos¹⁸⁴. O argumento de autoridade trazido por Aristóteles tem validade aqui.

¹⁸¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 42.

¹⁸² Idem. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 39.

¹⁸³ Ibid., 1997, p. 154.

¹⁸⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 44.

Da mesma forma, no objeto da pesquisa, o direito da criança, as argumentações se dão dentro de ambientes de experiência, em que promotores, juízes e advogados aceitam entre si a premissa de que conhecem a realidade jurídica e a realidade dos fatos e esta última deve se sobrepor àquela primeira, de acordo com o *topos* do princípio do melhor interesse.

Comprovar uma premissa, no entanto, é distinto de fundamentar uma premissa. A fundamentação é pressuposto da lógica, é parte do sistema dedutivo; aí se está no campo do certo ou errado, não aceitável ou inaceitável. O diálogo segue de acordo com o adversário; ele pode aceitar ou recusar a premissa, a depender do problema em si. Além disso uma premissa aceitável numa discussão pode não ser noutra, a depender dos argumentadores e do auditório. Portanto o direito não pode se escusar da invenção, da tópica, ou se propor completamente dedutivo, pois assim promoveria a volta aos termos da Escola da Exegese, que tentou criar um sistema lógico-dedutivo para o direito, engessando o processo decisional e promovendo a chamada paralisia da ação nas situações de anomia ou antinomias, por exemplo. Seria impossível conciliar a resolução de todos os problemas jurídicos e a perfeição lógica.

A teoria pura do direito, como elaborada por Kelsen deveria eliminar qualquer referência a juízos de valor, moral, ideologia ou política, preocupando-se com as condições de legalidade e validade dos atos jurídicos. Mas ele mesmo reconheceu que o juiz não é um mecanismo de fazer subsunção e que a aplicação da lei implica pluralidade interpretativa condicionada pela vontade arbitrária do julgador¹⁸⁵.

Canaris, por sua vez, defendeu expressamente que o único momento em que a tópica poderia existir no pensamento jurídico seria justamente no caso de lacunas legais ou em cláusulas muito genéricas para evitar a paralisia da ação¹⁸⁶. Falhou, com isso, em perceber que mesmo nos casos simples a tópica já se infiltrou, a medida em que a criação do próprio dogma, a premissa evidente do sistema axiomático-dedutivo, depende uma operação tópica; da mesma forma, na aplicação desse dogma tem-se uma argumentação que, ainda que se dê dentro do campo da legalidade, é uma disposição de razões que depende da aceitação de

¹⁸⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 93.

¹⁸⁶ CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989, p. 270.

um auditório – o juiz. Sua afirmação, com isso, carece de perceber que se argumenta em todas as esferas da formação e aplicação da lei.

O caminho tomado pelo sistema lógico-dedutivo para a manutenção do controle das vias de aplicação da norma e confirmação dos dogmas é fixar os limites para essa aplicação. O juiz pode prolatar sentenças porque foi nomeado institucionalmente para isso. Do mesmo modo o legislador ao votar e promulgar as leis, o oficial de justiça na execução dos mandados e assim por diante¹⁸⁷. Mas, uma vez qualificado pela lei para agir, na medida em que se conforma com as normas prescritas, esse profissional tem liberdade de ação, desde que seja construída uma argumentação plausível a partir de *topos* razoável e aceitável. Argumenta-se, portanto, que a tópica existe no sistema dedutivo.

3.2.2 A presença da racionalidade tópica problemática na perspectiva situacional da resolução de conflitos dentro do sistema lógico-dedutivo

Para demonstrar a construção do direito e a influência da tópica, Viehweg resgata a análise do estudo do Direito Romano através do *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano. O usucapião, por exemplo, é produto de sucessão de decisões judiciais que se apresentam coerentes entre si, mas trazem soluções diferentes de acordo com as circunstâncias, acrescentando argumentos e justificativas quando o caso assim requer. Essa coerência não é sistemática, mas problemática, pois adaptada às circunstâncias e caminhando além do que a lógica proporcionaria, mas ainda se sustentando nos argumentos anteriores, por isso fundamentada no reconhecimento e na aprovação. O usucapião é assim construído progressivamente por uma série de conceitos que se apropria de compreensões anteriores as aprimorando. Posse, posse de boa-fé, duração da posse, interrupção da posse, justo título, idoneidade; conceitos que se justapõem diante do jurista para compor uma estrutura jurídica muito viva¹⁸⁸. O *ius civile* romano é assim, um conjunto de *topoi* aceitáveis pelos cidadãos e jurisprudentes, mas que sempre está a disposição de mudanças¹⁸⁹. É o que se propõe demonstrar com o direito da criança e do adolescente, ele é pouco a

¹⁸⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 92.

¹⁸⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.49.

¹⁸⁹ ROESLER, Cláudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 119.

pouco construído quando, caso a caso, novas compreensões acerca da mesma matéria são introduzidas sob o argumento do melhor interesse da criança.

Na base da casuística vive, assim, o pensamento problemático. O jurista romano é apresentado ao problema e trata então de encontrar argumentos; é como se cada caso fosse o ponto de partida de toda a ciência. Essa é a característica essencial do pensamento problemático, pois propõe um sistema aberto de pesquisa dialética eterna¹⁹⁰.

O pensamento situacional quer trazer todos os produtos deste pensamento para a situação original. É um procedimento que não se baseia em afirmações pré-fixadas, mas luta pelo descobrimento e fixação destas a partir da situação que se mostra diante de si. Está posta em movimento, assim, a *heuresis*, a invenção. Os *topoi* oferecem ajuda e direcionamento nesta busca, funcionam como fórmulas de busca¹⁹¹.

Essa reflexão é ponto de convergência com o direito da criança que será defendido no presente trabalho. Para garantir os pontos de partida, melhor interesse e primazia absoluta na doutrina da proteção integral, o próprio sistema de direito da criança impõe um pensar problemático, em cada situação; cada criança que é levada ao interesse do Estado deve formar uma compreensão customizada acerca da aplicação dos documentos legislativos. Os exemplos serão discutidos aprofundadamente mais adiante: é o caso do reconhecimento de vínculo socioafetivo em adoção à brasileira quando existe legislação no ECA, Código Civil e Lei da Adoção para proibir a adoção *intuitu personae*; ou quando a confissão é a prova cabal, mas para adolescentes ainda deve haver o procedimento contraditório; a revelia produz efeitos de anuência no processo civil, mas para a criança não, pois a determinação dos fatos se mostra imprescindível, entre os outros ainda a serem mencionados.

O modo de aplicar a tópica no procedimento judicial é desenvolvendo um estilo dedicado a investigar as premissas que seja ao mesmo tempo inventivo, mas ainda com apoio de pontos de vista já experimentados¹⁹². “Essa é função importante na incessante busca do justo”, como afirma Viehweg. Essa perspectiva

¹⁹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 53.

¹⁹¹ Idem. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 180.

¹⁹² VIEHWEG, Theodor. op. cit., p. 53.

permite aos juristas entender o direito não apenas como dogma a aceitar, mas como algo que ajudam eles mesmos a construir¹⁹³.

Os *topoi* são compreensíveis na dimensão pragmática da linguagem. São fórmulas de buscas pragmáticas e situacionais que abrem um jogo criativo controlável. Sugerem ações linguísticas que podem ser aceitas ou rechaçadas¹⁹⁴. A dimensão pragmática da linguagem diz respeito a relação entre os signos, as palavras e quem os utiliza. A linguagem que privilegia a sintaxe e a semântica em detrimento do ouvinte põe em risco a compreensão, transforma-se num monólogo¹⁹⁵.

A linguagem, com isso, adquire sentido com o contexto. O sentido se produz não no mundo privado da experiência pessoal, mas no mundo interpessoal das interações públicas dos seres humanos. É preciso avaliar como os argumentos são apresentados e quem os está absorvendo¹⁹⁶.

Assim, a concepção pragmática da linguagem, preocupada com os efeitos práticos desta, tem conexão com a tópica, ajudando, muitas vezes, a esclarecer melhor o direito que a concepção sintático-semântica. Tome-se como exemplo a questão do respeito à liberdade religiosa que impõe aos médicos e outros profissionais da área da saúde não fazer transfusão de sangue, se a religião do paciente o condiciona a recusar. A linguagem do ponto de vista sintático-semântica impõe que o profissional deve se abster de fazer a transfusão. No entanto, se o paciente é uma criança, por mais que se reconheça o direito e dever dos pais de representarem a vontade seus filhos, ainda sim o médico pode ignorar a proibição deste representante legal e fazer a transfusão de sangue. Ora, o que muda do ponto de vista semântico? Nada. O que muda é o contexto, são os personagens, é a situação. Agora discute-se interesse da criança e o direito admite que, neste caso, o melhor interesse é um ponto de partida que deve guiar uma argumentação que possibilita ressignificado contextualizado da norma referida.

Viehweg não defende a aplicação contra legem dos *topoi*, pelo contrário, o texto legal é o primeiro *topos*, o ponto de partida para qualquer problema jurídico.

¹⁹³ **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 53.

¹⁹⁴ Idem. **Tópica y filosofía del derecho.** Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 189.

¹⁹⁵ Ibid., p. 187.

¹⁹⁶ ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade.** Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 40.

Mas generalidade, rigidez formal e textura aberta da norma precisam ser concretizados situacionalmente mediante o confronto com outros *topoi*¹⁹⁷. O direito é uma realidade dinâmica e a tópica assiste a atualização do sistema.

A própria generalidade ou amplitude de significado na norma jurídica é apontada como estratagema retórico. Permitir o máximo de sentidos para um enunciado jurídico é a forma do legislador de garantir a mais fácil inclusão ou refutação da situação social dentro daquele parâmetro¹⁹⁸, flexibilizando os sentidos da linguagem e permitindo, na situação, a argumentação de ordem retórica. O sistema jurídico, portanto, não é fechado, mas aberto. O texto é ambíguo e genérico para alargar sentido e abarcar o máximo de categorias e situações possíveis¹⁹⁹.

Noções colocadas em normas jurídicas como equidade, interesse público, urgência, bons costumes ou boa-fé apelam a padrões de significados que não foram definidos pelo legislador. Mas assim o faz de maneira estratégica, para garantir a flexibilidade do sistema e dar ao juiz campo de apreciação²⁰⁰.

O maior efeito da tópica na solução de problemas jurídicos é que as proposições e conceitos que serão desenvolvidos não podem ser sistematizados, pois fogem à lógica e demonstração, mas dependem da coerência dos argumentos para aprovação²⁰¹. Tal admissão pode trazer desconforto para os juristas, pois o exercício do direito está vinculado a manutenção de condutas fixadas em lei.

Dessa forma, afirmar que as condutas exigíveis podem ser adaptadas e alteradas pelo valor do argumento do jurista parece contradizer a própria essência do direito²⁰². Por isso cada ramo do direito elege um conjunto de *topoi* que considera mais importante descartando outros. Esses últimos, menos valiosos, podem ainda, noutro momento, ser revitalizados. Essa revitalização se dá através de nova legislação ou interpretação. Com isso, tem-se que a norma é um *topos*, mas que só ganha sentido efetivo diante do problema.

A ideia do trabalho é que quando se fala em direito da criança e do adolescente a ruptura se mostra mais saudável e menos temerosa até para juristas

¹⁹⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 125.

¹⁹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Trotta: Madrid, 1997, p. 58.

¹⁹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação**. São Paulo: Landy, 2002, p. 62.

²⁰⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 200, p. 49.

²⁰¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 53.

²⁰² Ibid., p. 54.

mais conservadores. Os *topoi* do direito da criança, os argumentos que servem como ponto de partida e que pretendem convencer, são suficientes para determinar que o caso depende da fixação da sua realidade e os argumentos vão seguir os princípios, antes mesmo da lei, para aprovar ou reprovar determinada conduta.

No entanto, muitas vezes até os ramos mais tradicionais do direito podem admitir a dialética tópica, especialmente quando se tem ambiguidades no texto normativo, antinomias e lacunas legais²⁰³. Um sistema baseado na lógica deve levar à dedução perfeita. No entanto, a partir do momento que se admite as situações de antinomias e anomias, a lógica deve ser excluída do sistema jurídico. A pergunta sobre o que ocorre quando os textos se contradizem, bem como se estabelecer uma relação entre situações diversas, é respondida, em ambos os casos, pela arte da invenção, a tópica²⁰⁴. É ela que vai definir, através de argumentos convincentes, qual lei deve se sobrepôr a outra e como se estabelece uma conexão entre essa ou aquela situação. A racionalidade tópica, assim, já oferece uma complementação à teoria do direito.

Até os críticos de Viehweg admitem que, ao menos acessoriamente, a tópica pertence ao sistema jurídico, como, por exemplo, no direito civil, quando se discute a *supressio*, a supressão de um direito expressamente dado em contrato pelo não exercício deste, ou ainda a teoria dos atos próprios, quando a prática reiterada de determinada conduta faz nascer uma obrigatoriedade antes não prevista²⁰⁵. Esses direitos que podem ser reconhecidos em juízo derivam de uma argumentação razoável em torno do princípio da boa-fé – um *topos* fundamental para o direito contratual. É a tópica dentro do pensamento jurídico.

Na falta de concordância do texto normativo aparecem as dúvidas e com elas, por sua vez, abre-se o caminho da investigação científica para determinação de solução. Essa investigação depende da tópica, dos *topoi* que vão determinar quais os argumentos para dar mais ou menos importância para esta ou aquela lei, projetando uma ordem dentro dos limites de validade do sistema. Tais distinções são, do ponto de vista lógico, arbitrárias; são produto da invenção²⁰⁶.

²⁰³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 60.

²⁰⁴ Ibid., p. 67.

²⁰⁵ CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989, p. 270.

²⁰⁶ VIEHWEG, Theodor. op. cit., p. 58.

O silogismo dogmático normativo tem a aparência de lógica, pois serve para estabelecer a concordância e para conferir mais autoridade ao argumento, fazendo a persuasão parecer direito. As distinções da tópica, portanto, produzem ordem, mas essa ordem é resultado da linguagem, não da lógica. Nesses moldes, a tópica desenvolve papel tanto na produção do conceito inicial quanto na escolha das distinções para sua aplicação.

A tópica presta, dessa forma, um serviço a jurisprudência, à ciência do direito, mas essa ciência nunca poderá, por natureza, se transformar num método. Nas palavras de Viehweg *"Só se pode denominar método um procedimento que, do ponto de vista lógico, seja estritamente controlável, que estabeleça, por consequência, um unívoco texto argumentativo, um sistema dedutivo"*²⁰⁷. Assim, a tópica não pode ser um método, não pode ser uma via a ser seguida para alcançar uma meta²⁰⁸.

O sistema tópico é aberto, está em constante movimento. A formulação de problemas, que é pressuposto do direito, é apenas uma etapa do processo de argumentação e suas respostas são mantidas em constante revisão; caso assim não fosse, teria-se a transformação de um sistema zetético em dogmático²⁰⁹.

A ciência do direito passou pelo fenômeno de substituição da tópica pela sistematização. Utiliza os trabalhos preparatórios, colocando os conceitos e proposições elaborados pela tópica, mas segue em sistematizar esses conceitos, de modo a conservar os resultados obtidos²¹⁰. A ciência do direito, com isso, usa da tópica para elaborar conceitos para, em seguida, engessar esses resultados criando um sistema dedutivo para confirmá-los.

Viehweg alerta no entanto, que a norma básica fundamental de Kelsen, aquela que justifica todo o sistema normativo retratada no forma piramidal, não fundamenta as normas derivadas, mas apenas concede validação, autorização para as demais exercerem obrigatoriedade²¹¹.

Aí estaria o ponto de convergência entre Kelsen e a retórica. Admitir que a norma fundamental não é um axioma que fundamenta as normas derivadas, mas

²⁰⁷ **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 77.

²⁰⁸ AMADO, Juan Antonio García. **Teorias de la tónica jurídica.** Madrid: Civitas, 1988, p. 165.

²⁰⁹ Ibid., p. 145.

²¹⁰ VIEHWEG, Theodor. op.cit., p. 82.

²¹¹ VIEHWEG, Theodor. **Tónica y filosofía del derecho.** Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 193.

apenas dá validade para estas, é conceder que existe aí uma liberdade de criação material²¹². As normas dependem da complementação material, logo, existe invenção no sistema jurídico.

A busca de tais argumentações criativas com o esforço conjugado da doutrina e dos demais aplicadores do direito favorece a evolução e atualização deste²¹³.

Para construir os axiomas do sistema jurídico lógico-dedutivo é preciso que todas as proposições derivadas possam ser reconduzidas a eles, e vice-versa. Não apenas essa construção de axiomas é tópica, como ainda o sistema não consegue eliminar a tópica na sua aplicação. Mesmo com os esforços extraordinários de eliminação da tópica na execução do sistema ainda é possível observá-la na significação dos conceitos para o correto cálculo de aplicação. É o caso da interpretação, que proporciona a compreensão do significado e garante a correta tradução do texto para a realidade. Trazendo a questão para o direito da criança, não basta admitir que o princípio do melhor interesse existe, mas é necessário compreender o que este princípio significa naquele caso particular.

A tarefa da interpretação consiste em criar uma concordância que seja aceitável. Sua intervenção tem o efeito de aumentar a pluralidade de sistemas criando alternativas e exceções ao introduzir nova distinção. A tópica adentra o sistema jurídico, portanto, por meio da interpretação²¹⁴. O sistema jurídico trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não é nada mais além do que a criação de outro sistema dentro do sistema jurídico genérico que resulta da compreensão de que é necessário novos *topoi* quando se trata da criança. Sua necessidade não é absolutamente lógica ou dedutiva, mas produto da argumentação.

O que a doutrina chama de aplicação do direito é na prática a aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. Para tanto se pressupõe a subsunção do fato a norma no sistema logico-jurídico. No entanto, especialmente quando se trata de direito da criança, o engessamento obstrui a contemplação da estrutura efetiva da qual resulta o juízo de particularidade. Para a garantia do melhor interesse ou da proteção integral, se faz necessário entender as peculiaridades do caso

²¹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 194.

²¹³ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191.

²¹⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.88.

concreto abertamente, sem as restrições próprias do procedimento tradicional, como o não reconhecimento dos efeitos da revelia quando se trata de adolescente, por exemplo. Com isso, muitas vezes esse sistema jurídico que se propõe lógico-dedutivo não traz consigo decisões logicamente dedutíveis; no momento decisivo ela tem que se contentar com o segundo plano, pois a tópica entra para construir o juízo de acordo com as particularidades observadas.

A vantagem, portanto, de compreender a racionalidade tópica é que esta, ao invés de opor dogmática e prática guia o raciocínio para conciliá-las; ao invés de se concentrar na oposição direito x justiça, trabalha para uni-los²¹⁵.

Para se sustentar o sistema dedutivo e sua atividade de subsunção seria necessário rigorosa proibição da interpretação dentro do sistema, o que contraria a tendência do sistema jurídico atual, que segue o caminho indicado pela pós-modernidade. Desde a derrocada do nazismo na Alemanha os princípios gerais do direito são reconhecidos como regras de direito, ainda que devam ser declarados na forma de uma norma escrita e vai também determinar seus limites²¹⁶. Essa vitória dos princípios sobre o positivismo restritivista é o primeiro indicativo de que certas máximas podem servir para manter o caráter sensato da decisão ainda estando conciliado ao sistema; é portanto uma espécie de tópica formal.

O direito não pode ser compreendido sem a categoria do interesse²¹⁷. A questão do conflito de interesses serve para atualizar as aporias fundamentais de toda disciplina jurídica. Uma das principais aporias dentro do direito é a definição da justiça, o debate fundamental deste ramo do saber gira em torno de entender o que vem a ser a justiça. A tópica é a técnica do pensamento problemático²¹⁸. Assim, o sistema jurídico é um conjunto de problemas que tentam responder a questão da justiça através da argumentação. As regulamentações jurídicas aparecem como tentativa de responder a questão fundante: “isso é justo?”²¹⁹.

A organização da disciplina jurídica se faz partindo do problema, quando se tem distinguida uma série de respostas a esse problema, tais intenções de respostas formam o direito positivo. Assim, conceitos jurídicos que se perfazem de

²¹⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 131.

²¹⁶ Ibid., p. 118.

²¹⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 95.

²¹⁸ Ibid., p. 97.

²¹⁹ Ibid., p. 99.

pura técnica só ganham sentido a partir da questão da justiça²²⁰. Por esta razão que no direito existem inserções que questionam o princípio da justiça. No direito civil, por exemplo, existem momentos em que a representação negocial é inválida, mas gera ainda sim responsabilidade, se existem circunstâncias de aparência de validade e, mais ainda, interesse das partes. O conceito do interesse é um juízo de valor ou de preferência do credor²²¹. Do ponto de vista lógico-dedutivo não faz sentido essa manipulação de significados porque são determinados não pela lógica, mas pela argumentação valorativa do interesse que, de maneira tópica, garante o sentido de justiça. Assim que a subsunção, aparentemente lógica, é a reintegração de um interesse que está encerrado no conceito jurídico e cada conceito, por sua vez, está enlaçado em questões de justiça.

Os *topoi*, os lugares-comuns ou pontos de partida para o argumento, desempenham na perspectiva da racionalidade tópica do direito o mesmo papel que os axiomas institucionalizados no sistema lógico-dedutivo. A partir deles começa o raciocínio. Mas diferem porque a adesão aos axiomas está fundada na sua evidência, enquanto os *topoi* tem seu mérito em razão da ambiguidade, da possibilidade de interpretá-los e aplicá-los de modo diverso²²².

No direito da criança para responder a aporia fundamental “que é justo?” a premissa é que seja respeitado seu melhor interesse. Se a lógica não é suficiente para satisfazer a premissa do melhor interesse, rompe-se com a lógica e entra, então, a invenção, a tópica. Aqui não importam apenas os conceitos de direito, mas sentimentos e inclinações. Não é o raciocínio que faz querer cuidar das crianças, mas o sentimento de amor e proteção que o senso comum tem em direção a elas. E, como afirma Gadamer, a origem de todo saber está no senso comum²²³.

É o que a tese tenta mostrar com as exceções próprias do direito da criança que discute mais adiante, como o reconhecimento de vínculo socioafetivo, mesmo na conduta tipificada de adoção á brasileira, ou a não caracterização da confissão como prova taxativa ou ainda o questionamento da norma expressa que obriga os pais a matriculem seus filhos na escola. Todas essas circunstâncias

²²⁰ **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 101.

²²¹ *Ibid.*, p. 101.

²²² PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 159.

²²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 66.

demonstram que a racionalidade do direito da criança não é lógica, dedutiva ou apodítica, mas tópica. Para garantir a premissa fundamental do melhor interesse é preciso romper com as limitações do sistema e inventar novos argumentos de acordo a situação concreta. Viehweg, com isso, muito mais a apresentar um problema que demonstrar uma resposta para ele.

O direito a criança, com isso, exemplifica o principal desafio do direito: manter a ordem sistemática, mas ainda sim solucionar conflitos de forma justa e razoável.

A retórica torna compreensível a argumentação dentro do discurso jurídico. Pressupõe, dessa forma, análise circunstancial²²⁴, recusando a assertividade do sistema lógico-dedutivo. A compreensão da realidade circunstanciada de cada fato trazido à tona no Judiciário é imprescindível para a garantia e efetivação da premissa fundamental do argumento jurídico do direito da criança, a proteção integral. Assim, Viehweg pode não ter desenvolvido um novo método jurídico, mas abriu um campo de investigação que este trabalho pretende explorar. Parece coerente com suas próprias ideias.

A principal crítica sofrida por Viehweg é de que este não se preocupou com a aplicação prática do seu discurso²²⁵ e que, por não trabalhar com exemplos, sua obra seria imprecisa²²⁶. A hipótese central da tese gira em torno de fazer essa contraposição das ideias de Viehweg perante a aplicação do direito da criança e do adolescente no Brasil, argumentando de maneira razoável, portanto, que suas ideias estão presentes na prática do sistema jurídico.

A tópica enseja a recusa do isolacionismo e restritivismo positivista. A maneira situativa de pensar clama pelo esclarecimento do processo de produção intelectual. A arte da invenção, a tópica e seus *topoi*, promovem, assim, recurso tecnológico de ponta para esse propósito. Para Viehweg, não seria o caso da tópica substituir a racionalidade axiomática, mas compreender que ambas tem vantagens e desvantagens e que existe mérito em utilizar a intercessão destas

²²⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 110.

²²⁵ CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989, p. 260.

²²⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação**. São Paulo: Landy, 2002, p. 60.

para compreender o direito²²⁷. A pretensão de exclusividade seria, portanto, inadequada.

Assim, se Viehweg argumenta que é preciso admitir a tópica dentro do racicínio cartesiano do direito²²⁸, a tese propõe que, ao menos no direito da criança e do adolescente, isso já é feito. Para Atienza, Viehweg superestima o repúdio da lógica pela tópica²²⁹. Ele parece estar correto quando se compreende o estatuto da Criança e do Adolescente. O positivismo de hoje não é mais o mesmo do séc XIX, admite que o juiz faz uso da arte da invenção²³⁰. É o que se pretende defender na segunda parte do trabalho.

Viehweg e os demais teóricos da argumentação jurídica não foram os únicos, no entanto, a compreender a necessidade de absorver a importância da particularização e da situação para entender uma decisão judicial. O realismo jurídico também se debruçou sobre o problema da pluralidade de alternativas decisórias.

3.3 A PESSOALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O REALISMO JURÍDICO

A retórica vem da necessidade de justificação, do diálogo, e por isso causa ruptura. Assim, ela é retirada da ordem jurídica, porque o direito visa estabilidade, não ruptura. A retórica é ferramenta de diálogo para mudar opiniões, enquanto que o direito deseja suprimir esse viés, colocando que existe certo e errado, de modo a assegurar confiança e estabilidade.

Os juristas desejam desvincular as características peculiares da sua personalidade do seu discurso, buscando a decisão baseada fundamentalmente na norma. Mas os receptores estão ali em razão de uma vivência pessoal; a decisão é para eles um julgamento sobre seu comportamento pessoal. A partir daí a relação fica assimétrica, pois, se para uns o discurso judicial é rotina, para outros é uma vivência única e particular²³¹.

²²⁷ AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988, p. 158.

²²⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed.Gedisa, 1997, p. 195.

²²⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação**. São Paulo: Landy, 2002, p. 72.

²³⁰ Ibid., p. 123.

²³¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 74.

Seguindo as ideias deixadas por Holmes²³², o direito é uma predição de uma possível reação do Estado em relação a uma conduta de um agente²³³. A personificação do Estado nos casos concretos se dá na figura do magistrado, bem como a reação do Estado vai se dar em relação aos fatos tomados no processo ainda na primeira fase.

Uma das razões pela qual a advocacia tornou-se uma profissão, pela qual as pessoas pagam pelos serviços advocatícios, é que o comando da força pública, do uso legítimo da força do Estado, está na voz dos juízes. As pessoas querem saber então de um especialista qual a gravidade do risco na sua ação judicial ou se o litigante contrário tem ou não um caso mais forte. Dessa forma, transforma-se num negócio descobrir os perigos das ações judiciais. Com essas reflexões Holmes explica que seu objeto de estudo é a predição, a previsão da incidência da força pública através dos instrumentos judiciais²³⁴.

A predição é formulada através do estudo de todo material jurídico produzido. A produção jurídica que pode englobar jurisprudência, legislação, principiologia e doutrina é, assim, oráculo da lei. Os esforços legais são, dessa forma, no sentido de tornar as profecias mais precisas.

Para isso, fazem-se generalizações a partir do conjugado de leis e jurisprudência ou, no caso de Holmes nos Estados Unidos, de precedentes, demonstrando que, geralmente, diante do fato X tem-se o resultado Y. Em seguida, num caso concreto, são levantados os fatos de natureza relevante para o direito, de modo que se tem um modelo que pode ser alocado numa das generalizações anteriormente preparadas²³⁵. Assim, o trabalho legal é predizer que, se uma pessoa fizer ou deixar de fazer algo, ele poderá ou não ser levado a responder por isso por uma corte.

As generalizações são reduzidas a um número finito de dogmas que servem para fundamentar as predições. Se um estudioso do direito quer conhecer esses dogmas e nada mais, de modo a predizer resultados, Holmes o chama de

²³² Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte americana e um dos precursores do realismo jurídico.

²³³ HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

bad man. O *good man*, por sua vez, encontra suas razões de conduta, seja fora ou dentro do direito, em sanções da consciência²³⁶.

O direito é permeado por conceitos advindos da moral, de modo que numa discussão jurídica é possível passear levemente entre domínios jurídicos e valorativos. Conceitos como direitos subjetivos, dever, malícia, intenção, negligência quando transformados em meros dogmas pelo *bad man* caem em falácia. As questões morais são mais largas que o *bad man* gostaria de admitir, permitindo pluralidade de alternativas que ele não é capaz de enxergar. Essas alternativas são produtos da argumentação de natureza tópica que possibilita encontrar um *topos* conveniente àquela situação. Assim, usando a terminologia de Holmes, o bom jurista é aquela que vai além da norma e enfrenta o direito de acordo com a perspectiva tópica de que este é um sistema aberto com potencialidade de multiplicidade de resultados. O mau jurista, por sua vez, fica resignado à subsunção.

Quando preocupa-se com as questões morais, de justiça ou razoabilidade, isto é, se a lei corresponde aos valores da sociedade, o *good man* pode concluir muitas vezes que as decisões das cortes não correspondem a essas reflexões de foro subjetivo. Esse jurista se dedica a uma dedução de princípios que vai além de meros dogmas²³⁷.

O trabalho do *bad man* é predizer se determinada ação ocasionará reação punitiva do Estado. Essa predição é o direito. O direito é, para ele, previsão de uma possível reação do Estado a conduta de um agente.

No entanto, Holmes alerta que quando se toma decisões do passado para buscar apoio para as previsões do comportamento judicial do futuro não é suficiente tomar parâmetros puramente lógicos²³⁸. Tem-se desde já a dificuldade de se estar diante de *good man*, que vai se desprender dos dogmas absolutos para refletir acerca da moral da decisão. Mas não apenas isso. Para desvendar uma decisão judicial é preciso ir mais além, descobrindo o contexto econômico social e político em que se deu a sentença. Mais uma vez, o realismo demonstra a mesma sensibilidade tópica ao compreender que existe mais numa decisão judicial que o mero silogismo jurídico do sistema lógico-dedutivo.

²³⁶ HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

²³⁷ Ibid.

²³⁸ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 9.

A lição de Holmes de que o direito é experiência antes da pura lógica compartilha o pensamento de que o elemento político e social interfere na interpretação do direito, de modo a satisfazer interesses sociais superiores²³⁹. Essa reflexão muito se coaduna com a perspectiva tópica e, como se verá no capítulo 4 desta tese, com a prática do direito da infância, que se permite reavaliar a dedução da lei para proteger o melhor interesse da criança.

O que Holmes fala acerca das influências econômicas, sociais e políticas refletindo na decisão do magistrado, Frank concorda sem ressalvas²⁴⁰. A sentença é, além de raciocínio lógico, tradução das vivências pessoais de um indivíduo. Os problemas sociais, econômicos ou políticos que aquele sujeito que profere a decisão sofreu ou deixou de sofrer são refletidos na ordem da corte que comanda.

Assim, quando o juiz apresenta a decisão judicial que lhe parece razoável – ou aceitável –; essa conclusão não é absolutamente impessoal ou derivada de premissas incontestáveis. Como mostrar, então, que não é meramente arbitrária? No sistema lógico-dedutivo isso se faz através do silogismo, mas na racionalidade tópica o problema é resolvido argumentando a legitimidade da escolha²⁴¹.

Um dos *topos* do direito é a impessoalidade do decisor. O juiz, os demais profissionais presentes no processo e a própria sociedade são guiados pelo argumento de que o primeiro age com neutralidade, serenidade e imparcialidade, admitindo que este, por ocupar a função para a qual foi nomeado a fazer é o legítimo intérprete do direito e, por isso, sua decisão, fundada em valores persuasivos, deve ser acatada²⁴².

Portanto, se o direito é predição de comportamento judicial, nos moldes de Holmes, resulta imprescindível ter em conta os diversos fatores subjetivos, eminentemente psicológicos, que gravitam sobre a vontade do julgador. Seus preconceitos, sentimentos e pretensões, sejam conscientes ou inconscientes, determinam, juntamente com a legislação, a jurisprudência e as demais fontes do direito, a decisão judicial.

²³⁹ FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. **Tese de Doutorado** – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 48.

²⁴⁰ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da América Latina, 1968, p.10.

²⁴¹ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 200, p. 222.

²⁴² FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p 83.

Além disso, importante ter em conta que o que faz agir, o fundamento da vontade humana, não é a razão em si, mas o entorno, a comunidade. O senso comum, que se alimenta das verossimilhanças retiradas da comunidade, é o grande parceiro do processo decisional²⁴³. Assim que a *phronesis*, a prudência, não é uma faculdade, mas faz parte da essência do ser humano.

Frank toma essas observações e conclui que, se se propõe a prever o direito, o jurista teria que conhecer a pessoa que vai preferir a decisão, o que significa estudar todas as suas características pessoais. Assim, a pesquisa de predição seria empírica, circunstanciada e socialmente localizada. As conclusões, portanto, teriam valor relativo e não absoluto²⁴⁴. Partiria-se deste problema e deste julgador para chegar a esta decisão; nada disso poderia ser universalizado porque natureza do caso e do decididor condiciona cada decisão. É o pressuposto fundamental da tópica. A ideia central do referido realista, portanto, muito se coaduna com a perspectiva situacional e problemática da tópica de Viehweg. A informação é um ato de escolha do receptor²⁴⁵; no procedimento judicial este é o juiz.

Assim que estes teóricos realistas chamam atenção para o que a tópica já apontava: o direito não pode ser universal, mas particular, pois a decisão depende de circunstâncias particulares como a argumentação escolhida e a disposição do auditório – o juiz – para aceitar referido argumento.

Dessa forma, se o direito é predição de um comportamento humano, é preciso levar em conta os fatores econômicos, sociais e políticos que atuam sobre esse comportamento. A lógica das decisões passadas e a legislação escrita não são os únicos condicionantes da decisão. Da mesma forma, as influências sociais, econômicas e políticas dos juízes também o são²⁴⁶. Nas palavras de Frank, o estado da mente de um homem é tanto um fato quando sua digestão²⁴⁷.

²⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 58.

²⁴⁴ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 28.

²⁴⁵ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p 78.

²⁴⁶ FRANK, Jerome. op.cit., p.12.

²⁴⁷ Idem. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 157.

A preferência na adesão a uma tese, portanto, e não outra se dá em razão da apreciação pessoal dos argumentos, por gostar mais ou dar mais valor àquela solução em detrimento da outra²⁴⁸.

Importante ressaltar, no entanto, que a perspectiva realista não se confunde com o mero decisionismo. O realismo enquanto teoria da decisão não conduz, como o decisionismo, a irracionalidade da decisão judicial, na medida em que atua dentro dos limites do que as teorias normativistas chamam de moldura; o direito seria uma moldura a ser preenchida no momento da aplicação²⁴⁹. A mesma ressalva pode ser feita acerca da tópica jurídica, como abordado no ponto anterior.

Ampliando as reflexões de Holmes, Frank entende que o problema de se dispor a prever o direito é que não é suficiente tentar antecipar a interpretação dada a norma pelo juiz. A previsibilidade da sentença depende de aspectos psicológicos de ordem econômica, social e política do ser humano responsável pela decisão que condicionam a maneira que ele entende o processo. Da mesma forma, vencida essa dificuldade teria que se preocupar novamente com a abordagem dos fatos que esse sujeito entende como verossímeis. Essa percepção dos fatos é outra variável de ordem psicológica.

Assim, a própria interpretação, no direito da criança, acerca do que se encaixa na confirmação do *topos* melhor interesse, depende de uma construção argumentativa que leve em consideração a personalidade do julgador e sua disposição para aceitar aquele argumento. Para utilizar o argumento que condiciona aquele valor de justiça a cada caso que trate criança ou adolescente, portanto, não basta utilizar o *topos* melhor interesse e esperar que todos concordem com ele, é preciso conhecer as circunstâncias de quem decide para que o argumento possa ser potencializado, pois o decididor tem papel fundamental na aceitação ou recusa do argumento.

O que Frank defende é que os litígios não surgem porque as partes não apenas não concordam com o significado da norma, mas também porque divergem sobre os fatos. Todos podem concordar que diante de um fato X se aplica a norma Y, mas a discussão no início do processo gira em torno de o fato X ter acontecido ou não. O trabalho do magistrado nesse momento é determinar, diante das

²⁴⁸ PERELMAN, Chaim. **Império retórico**. Trad. Fernando Trindade e Rui Grácio. Porto: Asa, 1993, p.. 68.

²⁴⁹ FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. **Tese de Doutorado** – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 83.

evidências, quais foram os fatos. Afinal, o fato X aconteceu? Sob quais circunstâncias?

No entanto, a determinação dos fatos se dá de acordo com a vontade do juiz, de acordo com os referidos aspectos sociais, econômicos e políticos que determinam a conduta de qualquer indivíduo. A injustiça nasce justamente a partir da determinação errada dos fatos²⁵⁰. Além disso, o direcionamento interpretativo a partir da determinação dos fatos também depende desse decididor, pois ele tem a função de absorver as provas e se deixar convencer ou não. As provas no direito, como já estabelecido no primeiro capítulo não provam a realidade, mas ajudam a construção da aprovação daquela versão sobre a realidade²⁵¹.

Não há qualquer segurança de que essa crença do juiz sobre os fatos seja exatamente o que aconteceu. A admissão dos fatos é um processo subjetivo que sofre a mercê das partes envolvidas, tais como juízes, peritos, testemunhas etc²⁵².

Em outras palavras, uma série de subjetivismos molda o relato dos fatos e cabe ao juiz, de acordo com suas próprias crenças pessoais, determinar o que vai considerar verdadeiro. Assim, os fatos tomados no processo não são necessariamente os fatos reais, são a crença do magistrado acerca dos fatos²⁵³, como já estabelecido. Nas palavras de Frank, “*facts are guesses*”, ou fatos são suposições²⁵⁴.

Sendo assim, o resultado do processo depende inteiramente de um processo interpretativo do juiz. Condicionantes de ordem psicológica moldam o processamento dos dados no íntimo do magistrado. Desse modo, não se pode falar em certeza no direito a medida que não se pode adivinhar com segurança qual a interpretação que esse ou aquele indivíduo vai dar as diversas situações que se tornam processos judiciais. A silogismo do sistema lógico-dedutivo fica, com isso, prejudicado. Se o sistema pretende aproximar o direito da matemática, precisa retirar da linguagem e dos processos jurídicos todo tipo de ambiguidade, mas a interpretação é parte essencial do procedimento e esta, por natureza, é ambígua.

²⁵⁰ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 4.

²⁵¹ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86.

²⁵² FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 27.

²⁵³ Ibid., p. 26.

²⁵⁴ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 14.

Frank dá um exemplo pertinente sobre a importância da determinação dos fatos para o resultado do processo e como essa determinação é produto de uma percepção subjetiva condicionada pelas próprias idiossincrasias do indivíduo. Ele conta que quando era um jovem advogado, participou de um processo em que, em todas as oportunidades, mesmo que houvesse dúvida plausível, o juiz aceitava as evidências da outra parte e em desfavor de sua cliente. Para sua surpresa, no entanto, o juiz julgou a seu favor com fundamento de os depoimentos serem conflituosos. Anos mais tarde, encontrou-se com esse juiz e ele disse que desde o primeiro momento julgou que a cliente de Frank era uma mulher honesta e trabalhadora que não merecia perder sua propriedade para o outro litigante, que tinha suficiente. Esse litigante, conta o juiz, fundamentava seu pleito numa regra que Frank não considerava cabível. O juiz, por outro lado, considerava a regra pertinente, mas já havia decidido que não a aplicaria em desfavor da cliente de Frank, por quem já tinha boa impressão. Resolveu, portanto, conceder, do ponto de vista processual, todos os pleitos desse litigante em relação a apreciação de provas, de modo que, uma vez decidindo em seu desfavor em razão de testemunhos conflituosos, não haveria como reverter a decisão numa apelação, pois do ponto de vista processual, havia tudo ocorrido de maneira satisfatória e a corte superior não contestaria a percepção dos fatos²⁵⁵.

Nesses moldes, se não se pode determinar o comportamento do juiz, não se pode prever o desenrolar do caso e não há se falar em certeza ou previsibilidade quando num processo judicial.

Benjamin Cardozo, ele mesmo um magistrado, confessa que, em momentos de introspecção, questiona a que fontes deve recorrer em busca de orientação, até que ponto pode permitir que outros fatores influenciem o resultado ou mesmo quando é justo desvencilhar-se de determinada norma. Todos esses questionamentos resultam no que Cardozo chama de caldeirão dos tribunais²⁵⁶. O caldeirão é a mistura de fatores que contribuem para a decisão judicial. Cardozo não está interessado em discutir se se deve permitir ou não permitir a participação ativa dos magistrados nessa mistura, para ele, *“a lei criada pelos juízes é uma das*

²⁵⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 168.

²⁵⁶ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.2.

*realidades da vida*²⁵⁷. Os magistrados são, assim, os principais responsáveis pela mistura do caldeirão.

Acredita que cada indivíduo não apenas tem suas próprias crenças, sua filosofia de vida, mas é impossível separar essa filosofia do seu trabalho de magistrado e, mais ainda, esses elementos pessoais são componentes do caldeirão dos tribunais. Descrevendo a sutileza das forças subconscientes que regulam a infusão das decisões, diz que:

Cada um tem uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia são desconhecidos ou constituem anátema. Há em cada um de nós uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente.²⁵⁸

Assim, para ele, é impossível separar sua perspectiva da atividade jurisdicional. O que é verdadeito o é segundo quem interpreta²⁵⁹.

Sobota aponta que uma das estratégias observadas nos tribunais muito comumente é a ocultação da norma. Por mais que a teoria dogmática afirme que suas premissas devem ser verbalizadas, isto é, que os juízes tem que mencionar qual a norma que fundamenta aquela decisão, os juízes dificilmente o fazem, muitas vezes assumindo que a norma estaria implícita, é evidente. Usam, portanto, do recurso do entimema, considerando a lei evidente²⁶⁰.

Ela defende, no entanto, que se trata de um recurso estratégico. Qual a funcionalidade de não mencionar a norma? Com isso o juiz oculta inconsistências no sistema, se for do seu interesse corroborá-lo. Mas além disso, o mais relevante de tal estratégia seria a possibilidade de permitir que o juiz, ao ocultar a norma, possa modificar seu significado ou ainda adaptá-la melhor a ideia que pretende

²⁵⁷ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.2.

²⁵⁸ Idem. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 8.

²⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 592.

²⁶⁰ SOBOTA, K. Não mencione a norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

defender na sua decisão²⁶¹. O juiz – ou qualquer outro jurista - não menciona a norma para deter seu significado contornando a ambiguidade a seu favor.

Assim que toda compreensão é preconceituosa, pois representa uma reconstrução de sentido feita com os filtros da opinião prévia²⁶². Os preconceitos na compreensão judicial tem um resultado prático: alteram as chances de um litigante sair vencedor.

Por esses motivos os realistas acreditam na incerteza no direito. Qualquer tentativa de prever o direito teria que ser uma pesquisa localizada em um indivíduo, circunstanciada e determinada no tempo. Em muito não se pareceria com uma pesquisa jurídica, mas uma pesquisa psicológica²⁶³.

Ernst Bloch discorreu sobre o que ele chama de *sentimento jurídico*, aquela situação em que o demandante entende que seu fundamento de acusação ou defesa é fraco, mas resolve insistir, pois, em seu íntimo, compreende que a decisão judicial pode reverter-se em seu favor²⁶⁴. Em outras palavras, não é absolutamente seguro o resultado de um processo jurídico e essa premissa está incutida no imaginário da pessoa comum. Por mais justo que determinado resultado possa parecer não há que se dizer com certeza qual caminho será tomado pelo julgador.

O que acontece, no entanto, é que os juízes fazem parte de uma comunidade específica dentro da sociedade, tendo estudado em universidades e com acesso a um bom nível de conforto, eles têm experiências parecidas e acabam julgando de acordo com cânones muito comuns²⁶⁵.

Esses cânones comuns são os *topoi* que Viehweg chamou atenção, argumentos aceitos por todos ou quase todos, pontos de partida facilmente aceitáveis. Utilizar desses valores universais são, portanto, estratégia de persuasão²⁶⁶, mantendo certa regularidade e constância nas decisões judiciais.

²⁶¹ SOBOTA, K. Não mencione a norma. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

²⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 360.

²⁶³ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 21.

²⁶⁴ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 55.

²⁶⁵ FRANK, Jerome. op.cit., p. 9.

²⁶⁶ PERELMAN, Chaim. **Império retórico**. Trad. Fernando Trindade e Rui Grácio. Porto: Asa, 1993, p. 46.

Dessa maneira, as decisões aparentam uniformidade em razão das influências sociais, econômicas e políticas desses indivíduos serem parecidas²⁶⁷. No entanto, é possível, na manipulação do direito, perceber as idiosincrasias emergindo através de decisões contrárias em casos análogos.

É justamente esse tipo de decisão na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente que interessa esta tese. Por que situações análogas fundadas na mesma norma podem ter resultados práticos diferentes? A racionalidade tópica explica esse fenômeno a partir do momento que permite admitir que o sistema lógico-dedutivo está permeado por processos argumentativos, tanto no estabelecimento do dogma quanto na sua aplicação, a partir do momento que depende da interpretação. O realismo jurídico chama atenção, por sua vez, para o fato de referida interpretação depender circunstancialmente e casuisticamente do magistrado.

A tese passa agora a entender o regime jurídico do direito da criança e do adolescente para exemplificar como a racionalidade tópica permeia a efetivação desses direitos. Antes, no entanto, de argumentar com exemplos a tese vai se debruçar sobre o conteúdo específico do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²⁶⁷ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 33.

**PARTE II – DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA
RACIONALIDADE TÓPICA**

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para entender a congruência da discussão acerca da racionalidade tópica e do procedimento judicial que cuida da proteção da criança e do adolescente tem-se que, de antemão, compreender a própria proteção jurídica desses sujeitos de direito.

Crianças e adolescentes gozam de documento legislativo especial que trata das suas prerrogativas, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste capítulo vai-se apresentar a origem do direito da criança e do adolescente e suas características para então discutir o conteúdo do documento.

4.1 A ISONOMIA NA DISTRIBUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Assim, ao discutir o direito da criança é preciso compreender o papel da família e sua responsabilidade na aplicação das normas programáticas estabelecidas no Estatuto. Essa família natural é aquela composta pelos genitores e por outros indivíduos no mesmo núcleo familiar que, muito possivelmente, dividem a convivência diária. São os pais e os demais descendentes, sem prejuízo de que naquele seio familiar também convivam outros parentes como avós, tios e primos, compondo também a família natural.

A Constituição Federal, no art. 226, considera a família a base da sociedade e goza de proteção especial do Estado²⁶⁸. Sempre que possível, a criança ou adolescente deve ser mantido dentro do núcleo familiar natural. Ela só deve ser retirada e realocada em lar substituto quando comprovada a impossibilidade da família natural mantê-la. Mesmo assim, também apenas pelo tempo necessário à readequação deste ambiente.

Mesmo os adolescentes infratores, como maneira de acelerar ou mesmo garantir sua recuperação, devem ser internados em instituições na mesma localidade da sua família, de modo a não interromper de todo convívio com os membros da família. Bem como deve ser permitido sua correspondência com

²⁶⁸ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Brasília, DF: Senado Federal, out 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15/10/2018.

familiares e amigos, de modo a garantir ao menos o mínimo de convivência familiar²⁶⁹.

Para romper o vínculo de família natural através da retirada da criança é necessário uma espécie de falta grave, que comprove a situação de risco à integridade física e psicológica da criança. Se for o caso, portanto, de maus-tratos, abuso sexual, opressão, vício em drogas impostos pelos pais, entre outras situações de natureza semelhante, o juiz pode, como medida cautelar, impor o afastamento do agressor de dentro do núcleo familiar.

O ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente - também cuidou de dizer que não vai ser mais possível nenhuma diferenciação vexatória da denominação dos filhos. Assim filhos de genitores casados, não casados, adúlteros ou adotados são todos considerados filhos e componentes de uma família natural – sem distinção na nomenclatura e no tratamento jurídico.

O filho é o grande protagonista a ser considerado na proteção jurídica da Constituição e do ECA, devendo ter todos os seus direitos fundamentais assegurados, como forma de garantir o melhor interesse desses seres em desenvolvimento. Assim, a convivência da criança no ambiente da sua família natural é um direito da infância e um dever dos familiares. Mas, para compreender a proteção jurídica da criança no ordenamento jurídico atual e o papel da família, é necessário fazer o resgate histórico das peculiaridades que ensejam as principais características da família moderna.

Uma das principais condicionantes da família de hoje é tentativa de ruptura com o patriarcalismo que começa a ser desafiado no século XX. Essa divisão de poder no âmbito familiar coloca o comando desta nas mãos dos homens, que se impõem, mesmo que não expressamente, como proprietário das coisas e das pessoas a que a ele são obrigados a se submeter²⁷⁰. A ruptura com essa estrutura centrada no homem como chefe da família traz consequências para a proteção jurídica da criança e do adolescente, não apenas no direito da mulher.

Historicamente, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16) acompanhou a linha do direito lusitano, com todo o espírito das Ordenações Filipinas e Afonsinas, e foi elaborado sob a égide da Constituição da República de 1891, que tinha a

²⁶⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷⁰ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984, p. 66.

família como entidade patriarcal, tendo uma única direção, a do marido. Era uma sociedade patriarcal, hierarquizada e matrimonializada. O artigo 380 do Código Civil de 1916 determinava que: *Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e, na falta ou impedimento seu, a mulher.*²⁷¹ O pátrio poder era uma prerrogativa do marido, pois ele era o chefe da família. A mulher ocupava um lugar secundário na hierarquia da titularidade dos direitos, tanto que, de acordo com o artigo 6º do Código Civil de 1916 (e até a vigência do Estatuto da Mulher Casada), ela era considerada relativamente incapaz, pois, quando se casava, perdia o direito à livre administração dos seus bens e era submetida a muitas outras limitações, que a colocavam numa posição de inferioridade.

O Estatuto da Mulher Casada trouxe novidades em relação ao poder familiar, que antes era exercido pelo pai, passando depois a ser exercido pelo pai e pela mãe; em outras palavras, exercia o poder familiar o marido, com a colaboração da mulher. Alterou-se o artigo 380 do Código Civil de 1916, que passou a ter nova redação: *“Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”*. Cumpre notar que, mesmo a mulher casada tornando-se capaz, o marido continuou a ter a chefia da sociedade conjugal, continuando em uma posição hierarquicamente superior, pois dispunha o parágrafo único do art. 380 que, em caso de divergência, prevaleceria a decisão paterna, relegando à mulher o poder de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

A grande inovação viria a ocorrer com o advento da Constituição Federal de 1988, em que o direito de família foi substancialmente modernizado. Sua entrada em vigor foi considerada um marco de modernização para o direito de família, principalmente no que diz respeito à igualdade entre todas as pessoas, pois consagrou definitivamente, em seus artigos 5º, inciso I, 226, § 5º e 227, §6º, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e a igualdade entre todos os filhos, independentemente de sua condição²⁷². Representou um novo modelo democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são co-gestores do sistema de garantias às crianças e adolescentes.

²⁷¹ Brasil. Código Civil (1916). **Lei n. 3.071** de 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 13/03/2017.

²⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 16.

O ECA marca o momento de ruptura com a estrutura patriarcal reconhecida pela norma jurídica. É o primeiro documento no ordenamento jurídico brasileiro que admite irrestritamente a criança como sujeito de direitos e, ainda mais, coloca homem e mulher – ou pais, sem restrição de gênero - no exercício conjunto dos direitos e deveres derivados da maternidade ou paternidade.

O comando do núcleo familiar fica com o pai e a mãe indistintamente. São ambos, ou apenas um deles se for o caso de família monoparental, que detém o renomeado poder familiar, que substitui a nomenclatura arcaica do pátrio poder.

Os pais devem sustentar, guardar e educar seus filhos. Aqueles que faltam com essas obrigações terão seu poder familiar suspenso ou extinto. A pobreza em si, no entanto, não é justificativa para tanto. Se não há maus-tratos ou carência extrema a ponto de colocar em risco a saúde e integridade da criança, não há que se falar em suspensão do poder familiar. Além disso, essa família tem a previsão de ser incluída em programa de assistência social²⁷³.

O poder familiar dos pais ou de um deles só será suspenso em caso de abuso de autoridade, falta aos deveres inerentes, dilapidação do patrimônio dos filhos ou condenação penal irrecorrível em virtude de crime que imponha pena de mais de dois anos de prisão. A extinção do poder familiar se dá com responsabilidade dos pais quando o genitor castiga imoderadamente a criança, abandona, pratica atos contra a moral e reiteradamente pratica os atos que causaram a suspensão. Será sem responsabilidade dos pais em razão da morte dos genitores, emancipação do filho, maioridade ou adoção²⁷⁴.

Havendo, assim, a verificação da ocorrência de uma dessas faltas a criança deve ter a convivência familiar interrompida. Ainda na retirada da criança do seu lar, o ECA impõe que referida intervenção do Estado deve se dar dando preferência para realocação em outro ambiente familiar, seja na forma de família estendida, outros parentes com quem a criança mantém vínculos afetivos²⁷⁵, ou família substituta, na forma de guarda, tutela ou adoção. O abrigo institucional deve ser a última medida.

²⁷³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 162.

²⁷⁴ Ibid., p. 162.

²⁷⁵ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

Antes de seguir faz-se mister compreender, afinal, quem são esses sujeitos de direito dignos de proteção especial. Para isso, necessário se debruçar sobre a definição de criança e adolescente para o ordenamento jurídico brasileiro, como passo essencial para tratar da sua aplicação e interpretação como tópicos.

4.2 CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

Conceituar criança e adolescente é de fundamental importância para que se possa reproduzir de maneira mais precisa a evolução dos direitos desses sujeitos, que nem sempre existiram histórica e socialmente. Atualmente, a condição definida para conceituar criança e adolescente é a idade. De acordo com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 *“criança é todo ser humano menor de 18 anos”*, enquanto que, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/90, *“criança é a pessoa que possui idade inferior a 12 anos completos e os adolescentes se enquadram na faixa etária entre 12 e 18 anos de idade”*, ressaltando, no Parágrafo Único de seu art. 2º, que *“nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade”*²⁷⁶.

Dessa forma, estão sujeitos à proteção especial do ECA, no regime jurídico de direito interno e internacional, aqueles seres humanos que ainda não atingiram a idade de 18 anos.

O direito internacional não nega as diferenças decorrentes da fase de desenvolvimento que crianças e adolescentes podem apresentar. Ainda sim a Convenção prefere não se manifestar expressamente acerca disso porque se propõe a atingir uma universalidade de culturas ao redor do mundo. O desenvolvimento em determinadas tradições culturais traz visão de mundo diferente de quem se desenvolve em outras²⁷⁷.

O direito brasileiro traz, no entanto, um tratamento diferenciado para as crianças e os adolescentes, ao contrário do direito internacional. Para a ordem jurídica interna a partir dos 12 anos tem-se adolescentes e estes, por atingirem nível de amadurecimento superior aquele das crianças tem tratamento diferenciado

²⁷⁶ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente** : Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

²⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 577.

em casos particulares. Para fins desse trabalho, no entanto, vai-se tomar a liberdade de ocasionalmente chamar de crianças todos aqueles menores de 18 anos, como no direito internacional, fazendo a devida diferenciação quando a discussão se mostrar necessária.

4.3 A CONSTRUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA CRIANÇA

A preocupação em criar um regime jurídico essencial que trate das peculiaridades inerentes aos sujeitos em formação nem sempre existiu na ordem jurídica nacional ou internacional. O surgimento da infância, por si, é um conceito da modernidade que pouco a pouco traz consigo alterações legislativas.

Dessa maneira, faz-se necessário entender a construção histórica do regime jurídico de proteção da criança, mais especialmente aquelas fontes que influenciaram diretamente a cultura jurídica atual retardada pelo ordenamento.

4.3.1 A criança no direito internacional

Entre quase todos os povos antigos, tanto do Ocidente quanto do Oriente, os filhos durante a menoridade não eram considerados sujeitos de direito, mas, servos da autoridade paterna.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas (449 a.C) permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta). Em Roma e na Grécia Antiga, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe da família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família²⁷⁸. Foi esse o mote que permeou a estrutura familiar ao redor do mundo durante os vários séculos que se seguiram.

Na Idade Média não havia lugar na mentalidade dos adultos para a desobjetificação da criança²⁷⁹. A família precisava de ajuda na condução da vida

²⁷⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: e possível proteger a Criança? **Revista Virtual de Textos e Contextos**. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006.

²⁷⁹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC– Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 156.

diária em casa, então tratava as crianças como pequenos adultos com responsabilidades equiparadas as destes.

Durante a Idade Média, com a influência da doutrina cristã, existem as instituições de acolhimento dos órfãos e abandonados. No transcorrer do séc. XVI para o XVII, a percepção quanto a necessidade de garantia da infância surgiu de forma tênue. O sentimento pela infância nasce na Europa com as grandes ordens religiosas que pregavam a educação separada, preparando a criança para a vida adulta²⁸⁰. Com os colégios religiosos surge a ideia de levar as crianças para serem educadas separadamente para se preparem para a vida adulta. O Estado, por sua vez, passa a deter atenção às crianças com o surgimento da discussão dos direitos humanos.

Mas foi a Revolução Francesa de 1789 o marco introdutor da concepção de que o Estado deveria tutelar a situação das crianças sem família, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ainda não estabelecesse direitos específicos. A partir do século XIX propriamente passou-se a ter uma visão da criança enquanto indivíduo, a quem deveriam ser dispensados afeto e cuidado. Destarte, apesar do surgimento da primeira concepção da criança enquanto indivíduo, o avanço ainda era ínfimo, a maior parte das crianças era vista como mero objeto dentro da sociedade familiar.

O caso da menina Mary Ellen é paradigmático dessa percepção. Uma assistente social americana conheceu a menina que tinha cicatrizes de maus tratos e de queimaduras e era mantida em cárcere privado, Mary Ellen, 9 anos. A assistente apelou ao Judiciário, à igreja e polícia, sempre recebendo a resposta que entre pais e filhos não se deve interferir. Ela resolveu procurar então o presidente da Sociedade Americana de Prevenção à Crueldade Contra os Animais, pois pensou que se não existem leis para proteger crianças, as leis de proteção dos animais devem ser usadas, já que uma criança não é menos que um animal. A sua ideia era que, se os animais se encontravam legalmente protegidos, e Mary Ellen, como humana, pertencia ao reino animal, deveria também ser-lhe garantida

²⁸⁰ COSTA, Antonio Carlos Gomes. **De menor a cidadão: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil**. Brasília: Editora do Senado, 1993, p. 11.

proteção²⁸¹. Depois disso a menina foi retirada do lar abusivo e adotada pela assistente social.

Até o final do século XIX então a criança era propriedade dos pais. A partir de então a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuem para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas e sociais, mas também científicas²⁸².

Mas é apenas em 1959 que o Direito da Criança nasce no âmbito internacional através da Declaração dos Direitos da Criança. Embora o texto não seja de cumprimento obrigatório para os Estados-membros. Neste contexto, passa a existir efetivamente uma alteração de paradigma, a criança deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direito. O documento tem um objetivo: a proteção da infância, fazendo uma alteração profunda no panorama doutrinário, a infância passa a ser um sujeito coletivo de direitos humanos²⁸³.

Em 1989 a Organização das Nações Unidas aprova a Convenção sobre os Direitos da Criança incluindo mais de 40 direitos específicos no seu rol protecionista, como educação primaria compulsória, proteção contra pena capital, proteção ante separação dos pais, direito de deixar qualquer país e de entrar no seu, não ser levada ilicitamente a outro país etc²⁸⁴.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi um marco bastante significativo, é o tratado internacional com maior numero de ratificações e foi a partir dela que estabeleceram-se bases para a implantação de uma doutrina de proteção integral, que se discute a seguir. Seus efeitos foram tão significativos que, logo em seguida, outras medidas visando à proteção à infância foram tomadas, tais como a Cúpula Mundial de Presidentes (estabelecendo o Plano de Ação de 10 anos em favor da infância) e a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, por meio da Lei nº 8.069/90.

²⁸¹ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior.** (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior.** Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em 28/02/2017.

²⁸² OLIVEIRA, Thalissa Correa. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Interdisciplinar de Direito, v.13, n. 2, 2016, pp. 339 – 358.

²⁸³ Ibid., pp. 339 – 358.

²⁸⁴ BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 12/01/2017.

No cenário internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi o resultado de um esforço conjunto entre vários países. Contudo, o grande desafio consistiu em definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, socioeconômicas e culturais da infância nas diversas nações.

Em 2012 foi aprovado o Terceiro Protocolo à Convenção, que trouxe a possibilidade de crianças e seus representantes produzirem petições particulares ao Comitê de Direitos das Crianças da ONU. Antes disso a fiscalização dos países signatários era feita apenas mediante relatórios produzidos pelos próprios Estados.

Como referido, a criação do documento de direito internacional ensejou alterações no direito interno. Essas alterações foram inauguradas com o documento que inaugura a proteção integral da criança no Brasil em 1990. Para entender a importância e o tamanho da novidade é necessário compreender o percurso feito até então.

4.3.2 A criança no direito brasileiro

Da mesma forma que no direito internacional, o direito da criança no ordenamento jurídico brasileiro é produto de construção histórica. Cada etapa a seguir trata de características particulares que ensinam as novidades que cada documento legislativo trouxe para o cuidado da criança e do adolescente.

4.3.2.1 Fase da negligência

A história legislativa brasileira começa a ser contada sob a influência da colonização portuguesa. Assim, no Brasil colônia não havia qualquer proteção destinada à criança e ao adolescente. Buscando satisfazer os interesses da Coroa Portuguesa, as crianças eram catequizadas segundo os costumes daqueles, objetivando a compreensão da nova ordem que se estabelecia.

Nesse período, meninas órfãs eram trazidas de Portugal para casarem-se com os súditos da Coroa residentes no Brasil: *“Nas embarcações, além de obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos, eram deixadas*

*de lado em caso de naufrágio*²⁸⁵. Além dos abusos sexuais, as condições das embarcações eram péssimas e muitas delas viajavam trancafiadas para que não fossem violentadas. Ainda nas embarcações, muitos meninos eram empregados pela marinha portuguesa para exercerem trabalho manual. Apesar de os chamados grumetes não passarem muito de adolescentes, realizavam a bordo todas as tarefas que normalmente seriam desempenhadas por um homem²⁸⁶.

Dessa forma, as necessidades e interesses das crianças no período colonial eram absolutamente ignorados, sendo tratados como objetos de acordo com a conveniência dos adultos.

4.3.2.2 Fase da imputação criminal

As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por Filipe II, se orientavam no sentido de ampla e generalizada criminalização e severas punições. Predominava a pena de morte, mas havia ainda outras tão cruéis: açoite, corte de membro, trabalho forçado em galés etc. Ao tempo da vinda da família real para o Brasil, em 1808, vigoravam tais Ordenações Filipinas na colônia do Brasil. O único benefício que um menor de 17 anos tinha em relação a um maior de idade era a proibição da condenação à morte²⁸⁷.

O Código Penal Brasileiro de 1830, no art.10, fixou a idade de responsabilidade penal objetiva aos 14 anos e facultou ao juiz a possibilidade de — se ele entender que a criança sabe distinguir o bem do mal — mandá-la para a cadeia a partir dos 7 anos²⁸⁸. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não faz qualquer menção referente à proteção ou garantia às crianças e aos adolescentes, trazendo apenas a possibilidade de penas contra aqueles infratores.

²⁸⁵ BARROS, Nivea Valença. **Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social**. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, p. 70.

²⁸⁶ RAMOS, Fabio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. **Revista História**. São Paulo: Editora Abril Cultural, vol, XXIV, n. 137, dez., p. 14, 1997.

²⁸⁷ AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em: 28/02/2017. > Acesso em 28/02/2017.

²⁸⁸ BRASIL. **Código Criminal de 1890**. Lei nº 16 de dezembro de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 01/03/2017.

A primeira lei brasileira que tratou de proteger efetivamente as crianças foi a Lei do Ventre Livre (1871), que, embora absurda do ponto de vista do século XXI, trouxe o primeiro dispositivo legal expressamente protetivo em relação às crianças. O texto da lei traz que a mãe escrava tem direito a criar seu filho até os 7 anos. Quando a criança completa 7 anos, surgiam duas alternativas: o Estado brasileiro indenizava o dono da escrava num valor de alguns mil réis, e a criança era retirada da mãe e colocada num orfanato — ou seja, deixa de ser escrava para ser abandonada —, ou continuava na companhia da mãe, trabalhava como escrava até os 21 anos, quando então é alforriada²⁸⁹. Pode-se argumentar que o primeiro marco de proteção da criança não se mostrou tão protetista assim, deixando para as crianças as opções de abandono ou escravidão.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República, estabeleceu a inimputabilidade absoluta apenas para os menores de nove anos. Para os infratores que contassem entre nove e quatorze anos, desde que houvessem agido com discernimento, era indicado o recolhimento a estabelecimento disciplinar industrial, pelo tempo que parecesse necessário ao juiz, não podendo exceder o limite de dezessete anos de idade²⁹⁰.

Nesse período histórico, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro era orientado para pensar a questão da criminalidade das crianças. A única menção às crianças na legislação pátria era, portanto, no que se referisse as suas formas de punição. Por isso a referida época ser designada de fase da imputação criminal.

4.3.2.3 Fase da tutela

Em 1927 foi elaborado para o controle da infância abandonada e dos delinquentes de ambos os sexos o Código Mello Mattos. Seria, apesar disto, o primeiro diploma legal a dar tratamento sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social.

²⁸⁹ BRASIL. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm> Acesso em 03/03/2017.

²⁹⁰ AZEVEDO, Maurício Maia de. (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em: 28/02/2017.

O Código de Mello Mattos de 1927 conseguiu corporificar leis e decretos que, desde 1902, propunham-se a aprovar um mecanismo legal que desse especial relevo à questão do menor de idade. Alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional. De especial relevância na esfera penal foi a descriminalização da conduta do menor de idade, contido no art. 68 do CMM:

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma;²⁹¹

Por sua vez, os menores de 18 anos, mas maiores de 14 anos, seriam, a partir do CMM – Código Mello Mattos -, via de regra, internados em estabelecimentos oficiais – estatais ou não. Esta internação dar-se-ia não mais em estabelecimentos penais, para cumprimento de penas punitivas, mas para cumprimento de medidas corretivas de saúde física, mental e moral e para educação²⁹².

O Código modificou o entendimento quanto à culpabilidade, à responsabilidade e ao discernimento das crianças e adolescentes. Foi nesse Código que o termo “menor” foi utilizado para designar aqueles que se encontravam em situações de carência material ou moral, além das infratoras.

O Código foi responsável por instaurar a chamada doutrina da situação irregular. As crianças com família não eram objeto do direito; já as crianças pobres, abandonadas ou delinquentes, em situação irregular – e apenas aquelas que estivessem em situação irregular -, passariam a sê-lo. Estariam em situação irregular aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos (art.14 e ss, CMM); abandonados (art.26, CMM); ou fossem delinquentes²⁹³.

A responsabilidade sobre os menores, nesse período, ainda era do Estado, que aplicavam-lhes corretivos necessários para impedir a delinquência, tornando-os muitas vezes, menos cidadãos. De certa forma foi um passo importante, pois a punição pela infração cometida deixa de ser vista como sanção-castigo, para

²⁹¹ BRASIL. **Decreto nº 17.943-A** de 12 de outubro de 1927. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm> Acesso em 15/03/2017.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid.

assumir um caráter de sanção-educação por meio da assistência e reeducação de comportamento, sendo dever do Estado assistir os menores desvalidos²⁹⁴.

A Constituição de 1934, no Título IV que se refere “Da Ordem Econômica e Social”, no art. 138, fez, pela primeira vez menção quanto aos direitos da criança e do adolescente. Assim, foi o primeiro documento a referir-se, mesmo que de uma forma muito tímida, à defesa e à proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes. Levantou questões pertinentes à proteção do trabalho de crianças e adolescentes, com repressão ao trabalho noturno de menores com idade inferior 16 anos e proibição de trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos, além da previsão de amparo à maternidade e à infância²⁹⁵.

Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, no qual, dentre outros pontos inovadores, deparou-se com a possibilidade de uma proteção social à infância e à juventude, bem como dos setores mais carentes da população. Assim, o art. 16, inc. XXVII, refere-se a competência da União de legislar sobre as normas concernentes da defesa e proteção da saúde e da criança²⁹⁶.

Já no seu art. 127, o mesmo menciona que a infância e a juventude são objetos de cuidado e de garantias especiais por parte do Estado e dos Municípios, com garantia de acesso ao ensino público e gratuito. Assim, foi durante o Estado Novo que o Estado chamou para si a responsabilidade de assegurar as garantias da infância e da juventude²⁹⁷.

O advento do Código Penal de 1940 alterou o Código de Mello Mattos de 1927, determinando a responsabilidade penal aos 18 anos. Essa responsabilização teve como fundamento a condição de imaturidade do menor até então sujeito apenas à pedagogia corretiva sem distinção entre delinquentes e abandonados²⁹⁸.

Em 1979, surge o Código de Menores, com estrutura principal em conformidade com aquele instituído em 1927, ou seja, com o mesmo cunho assistencialista e repressivo.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Thalissa Correa. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Interdisciplinar de Direito, v.13, n. 2, 2016, pp. 339 – 358.

²⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 5/03/2017.

²⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 05/03/2017.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Thalissa Correa. op.cit., pp. 339 – 358.

Essa forma característica de encarar os problemas das crianças abandonadas e em conflito com a lei levou ao surgimento da expressão “menor em situação irregular”. A ideologia da situação irregular não estabelece as diferenças das situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam. Por diversas vezes, mantinha juntos infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com autores de conduta infracional, pois, de acordo com a interpretação da lei, todos estariam em situação irregular.

Em resumo, estariam em situação irregular e inseridas no Código de Menores de 1979 as crianças e os adolescentes até 18 anos que praticassem atos infracionais; as que estivessem sobre a condição de maus-tratos familiares ou em estado de abandono pela sociedade. Inspirado pela ideologia da doutrina da situação irregular, que, sucintamente, pode ser definida como a lei em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social. A doutrina mostrou-se deficiente em agir de forma preventiva, reconhecendo que os problemas não pertenciam exclusivamente ao Estado, mas também à sociedade por serem gerados por ela e nela instalados.

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, pode-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do poder estatal sobre a infância e a juventude sob a incidência da doutrina da situação irregular: uma vez constatada a situação irregular, o menor passava a ser objeto de tutela do Estado; e, basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado menor em situação irregular, legitimando-se a intervenção do Estado através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão do menor no sistema de assistência adotado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor²⁹⁹.

Assim, de 1830 até 1988, salvo exceções, a legislação brasileira que se referisse “ao menor” nascido ou residente no Brasil era discriminatória, pois não visava proteger ou assegurar direitos a todos. A fase da tutela, portanto, tem o saldo positivo de inaugurar a atenção do Estado à infância, mas o faz de maneira insuficiente. O Estado intervém na sociedade a partir do momento que a criança já não tem atenção de nenhum outro ator social, de maneira a punir e na esperança de reverter a situação.

²⁹⁹ AZEVEDO, Maurício Maia de. (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em: 28/02/2017.

4.3.2.4 Fase da proteção integral

Na década de 80, após a Convenção sobre Direitos da Criança, a busca pela democracia e garantia de direitos fundamentais tornou-se mais concreta com o advento da Constituição de 1988, que deu maior ênfase à proteção e à garantia dos direitos da criança e do adolescente, tirando a responsabilidade plena do Estado e atribuindo-a também à família e à sociedade, conforme disposto no art. 227 do diploma jurídico :

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³⁰⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) inaugura a era da proteção absoluta instaurando a chamada doutrina de proteção integral. Os direitos da criança e do adolescente encontram fundamento jurídico essencial na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Convenções Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.

Como se viu, o ECA não foi o primeiro documento legislativo a tratar especificamente da criança. Foi, contudo, o primeiro a ser designado de estatuto, não código. Por que não Código, como das outras vezes? Estatuto dá a ideia de direitos, cria um programa de tutela que, em geral, prevê uma política pública de cumprimento da previsão normativa. Código tem sentido pouco mais negativo, dá ideia de repressão ou de punição. O termo estatuto, assim, foi de todo próprio, não sendo apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material, mas sim um microssistema, que abrange toda a estrutura necessária para se efetivar o disposto na Constituição Federal sobre a proteção integral da criança e do adolescente. O ECA não vai apenas regulamentar relações sociais como o Código Penal ou o Civil, vai proteger e cuidar dos sujeitos ali trazidos.

³⁰⁰ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Brasília, DF: Senado Federal, out 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15/10/2018.

A doutrina da proteção integral assegurou à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a saúde, à liberdade, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à dignidade e a convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de exploração, violência, crueldade, negligência, discriminação e opressão. Assim, é dever da família, da sociedade e do Estado proporcionar à criança e ao adolescente todos esses direitos.

A base doutrinária do Estatuto da Criança e do Adolescente é o reconhecimento deles como sujeitos de direito e sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Se a criança é, portanto, pessoa em formação, quer dizer que todas as experiências que lhes são apresentadas integram-se a si³⁰¹. Dessa forma, abusos, violência ou indiferença são fenômenos que, se experimentados pela criança, serão reproduzidos na vida adulta. Por isso a postura da doutrina da proteção integral de evitar a todo custo esse tipo de situação, ou intervir precocemente se ela se estabelece.

É justamente por dar ênfase ao bem estar e interesse da criança de maneira primordial que o ECA e sua doutrina da proteção integral podem ser pensados, interpretados e aplicados à luz da racionalidade tópica de Viehweg. Para garantir a proteção integral da criança, juízes e promotores, muitas vezes, tem que utilizar, dentro do procedimento judicial, um sistema de argumentação fundada no ponto de vista do melhor interesse, que é, em regra, aceito por todos. Essa argumentação permite ao Judiciário se desviar da lei, a medida que desenvolve uma alternativa de resolução do problema que parece razoável, se se toma como parâmetro primordial não a confirmação da regra, mas a feitura da justiça diante do melhor interesse da criança. É o que o trabalho pretende exemplificar no próximo capítulo.

Então tem-se que a evolução do tratamento da criança e do adolescente se dá em quatro fases distintas: fase da negligência, em que não existia norma referente a criança; fase da imputação criminal, em que as leis tinham o único propósito de coibir atos ilícitos, como nas Ordenações Filipinas e os Códigos de 1830 e 1890; fase tutelar, inaugurada com CMM – Código Mello Mattos -, que dava ao Estado o trabalho de proteger e fazer a integração familiar e social da criança e,

³⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 47.

por fim, a fase da proteção integral, inaugurada pelo ECA, que reconhece os direitos das crianças como pessoas em desenvolvimento.

No entanto, para adequada compreensão da proteção integral, é fundamental percorrer seus princípios fundamentais. Para isso o trabalho se dedica a seguir.

4.4 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A principal ideia por trás da doutrina da proteção integral é que crianças são pessoas em desenvolvimento e isso deve ser levado em conta nas ações do Estado. Dessa forma, esses sujeitos precisam de um status jurídico suficiente para concretizar os direitos previstos. Assim, a criança tem direito inclusive de manifestar oposição, ou de exercer seus direitos em face de qualquer pessoa, inclusive seus pais.

A proteção integral, através do ECA, traz ainda o cuidado com as questões básicas de garantia de educação, alimentação, proteção contra violência, negligência, abuso, discriminação ou crueldade. Protege, mas melhor ainda, procura prevenir a privação desses direitos. A proteção integral é um metaprincípio orientador impregnado na CF, no ECA e em qualquer decisão judicial que trate de crianças³⁰².

Assim, o direito da criança e do adolescente é toda disciplina que trata de regulações sociais entre crianças e adolescentes e família, Estado e sociedade. Está presente, portanto, não só no ECA, mas também no direito civil quando discute guarda, fixação de alimentos ou paternidade; do direito do trabalho ou processual quando discute representação, por exemplo.

No que diz respeito à liberdade, ao respeito e à dignidade, há previsão legal no art. 15 do ECA, que afirma ser tanto crianças quanto adolescentes pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, como garante a Constituição Federal de 1988³⁰³. O legislador buscou, por meio do ECA, proteger crianças e adolescentes de qualquer arbitrariedade por parte do Estado, da família e da sociedade.

³⁰² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.

³⁰³ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

Para isso o ECA criou os conselhos de direitos em âmbito nacional, estadual e municipal que passam a ser canal de participação e envolvimento conjunto do Estado e da sociedade na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Da mesma forma, impõe aos municípios a criação dos Conselhos Tutelares, que atuam na averiguação de violação dos direitos individuais das crianças e adolescentes que se encontram em potencial situação de risco³⁰⁴.

Além dos conselhos, a rede de proteção integral também atua através da justiça especializada na infância, através das Varas da Infância e da Juventude e da Promotoria da Infância e da Juventude; os abrigos, onde serão realocadas temporariamente as crianças privadas da convivência familiar; as unidades de atenção à saúde, como CRAS (Centro de Referência da Assistência Social) e CREAS (Centro de Referência Especializada da Assistência Social) ou CAPS (Centros de Atendimento Psicossocial), para onde as famílias em situação de patologia social devem ser encaminhadas; e as próprias instituições de cumprimento e acompanhamento de medidas sócio-educativas, no caso de adolescentes que cometem ato infracional.

Para que o microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente seja efetivamente implantado, no entanto, faz-se necessário um esforço em três etapas, um salto-tríplo, para que o Estado e a sociedade possam se adaptar a nova perspectiva de abordagem do direito da criança.

O primeiro salto trata da necessidade de alteração no panorama legal: a necessidade dos municípios e estados se adequarem à nova realidade normativa, adotando a legislação necessária para implementação e instrumentalização dos conselhos tutelares, dos fundos destinados à infância, as unidades de internação e assistência à saúde que são fundamentais para a doutrina da proteção integral etc.

O segundo salto, uma vez dada a previsão normativa, é o reordenamento institucional, a necessidade de colocar em prática a nova realidade apresentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Conselhos dos direitos, conselhos tutelares, fundos, instituições que venham a executar as medidas socioeducativas e articulações com as redes locais para a proteção integral precisam virar realidade.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Thalissa Correa. **Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Interdisciplinar de Direito, v.13, n. 2, 2016, pp. 339 – 358.

O terceiro salto é a melhoria nas formas de atenção direta. É necessário um processo de alteração da visão dos profissionais que trabalham de forma direta com as crianças e os adolescentes, alterar a maneira de ver, entender e agir. Os profissionais que lidam com as crianças e os adolescentes têm, historicamente, uma visão marcada pela prática assistencialista, corretiva e, a maioria das vezes, repressora, que é própria da defsa doutrina da situação irregular. É preciso mudar essa orientação.

Ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular e estabelecer diretrizes básicas ao atendimento de crianças e adolescentes, o legislador agiu de forma coerente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com documentos internacionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio reconhecer a importância do controle social e da antecipação ao desvio social, rompendo a cultura da coisificação para torná-los cidadãos com direitos e deveres, diferentemente do que se estabelecia no Código de Menores de 1979, em que eram apenas visualizados pela proteção estatal no momento em que os menores de 18 anos estavam em situação irregular. Neste diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi além ao prever que são assistidos de direitos fundamentais à sua condição de pessoa em desenvolvimento crianças de 0 a 12 anos incompletos e adolescentes entre 12 e 18 anos de idade.

A teoria da proteção integral foi fundamental para a compreensão dos direitos da criança e do adolescente no Brasil contemporâneo. O que se observa é a ruptura do paradigma existente, reconhecendo os direitos das crianças que, a partir de agora, eram vistas como prioridade absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, quando surgiu, tinha por objetivo prover uma reestruturação no cenário político e institucional. De fato, sua efetivação foi algo extremamente importante, apontou para transformações profundas no campo das concepções, da linguagem e da própria produção da realidade social.

A proteção integral é, portanto, um metaprincípio orientador. No entanto, a rede de proteção dos direitos da criança deve levar em consideração outros princípios norteadores. Rede se entende aqui como o conjunto de atores sociais e instituições que assumem a responsabilidade sobre a política pública de proteção da infância de maneira conectada.

Para melhor compreender as diferenças entre a doutrina da situação irregular do séc. XX trazida pelo CMM e o Código de Menores, e a proteção integral do ECA tem-se o quadro a seguir:

Aspectos	Anterior	Atual
Doutrinário	Situação Irregular	Proteção Integral
Caráter	Filantrópico	Política Pública
Fundamento	Assistencialista	Direito Subjetivo
Centralidade local	Judiciário	Município
Competência Executória	União/estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Co-gestão sociedade civil
Organização	Piramidal Hierárquico	Rede

Quadro 1: Desenvolvido pela autora

Dessa maneira, o sistema de proteção integral reconhece definitivamente a criança como sujeito de direitos e, por isso, detentores de faculdades especiais capazes de suprirem suas peculiaridades. Como seres humanos em desenvolvimento as crianças precisam de mais atenção do Estado, atenção esta que deve ser dada desde o primeiro momento e não apenas quando o potencialidade risco de concretizou, como anteriormente se dava na doutrina da situação irregular.

4.4.1 Os princípios característicos da proteção integral

Para entender as características gerais da doutrina da proteção integral e como ela permite, dentro do sistema lógico-dedutivo, a inserção da racionalidade tópica ao coadunar com as diversss teses argumentativas possíveis para assegurar o melhor interesse da criança, necessário se faz compreender seus princípios norteadores; dentre eles, o princípio do melhor interesse.

O Estatuto, portanto, prevê uma rede de proteção à criança. Todos os membros da rede devem articular sua funções sob os parâmetros dos princípios que derivam do documento. Cabe compreender que princípios são esses.

O princípio da prioridade absoluta, presente no art 4º do ECA, mas também previsto no artigo 227 da Magna Carta, determina que crianças e adolescentes sejam tratados pela sociedade e, em especial, pelo Poder Público, com total prioridade pelas políticas públicas e ações do governo³⁰⁵.

Em caso de acidentes catastróficos, as crianças e os adolescentes deverão ser atendidos em primeiro lugar. Quanto aos serviços públicos, estes devem oferecer atendimento preferencial e prioritário destinado as crianças e aos adolescentes, evitando que os interesses da população infanto-juvenil fiquem em segundo plano. Ademais, cabe ao poder público promover políticas sociais básicas (saúde, educação, saneamento, etc.), políticas de assistência social, de proteção especial e por fim, socioeducativas. Por derradeiro, os orçamentos públicos devem se adequar às necessidades específicas das crianças e dos adolescentes com prioridade, ou seja, o administrador público está obrigado a destinar recursos necessários à garantia da efetivação dos direitos infanto-juvenis.

Cumprir destacar o caráter meramente exemplificativo do parágrafo único, posto que, a interpretação deverá ser extensiva. Assim, a ideia de prioridade absoluta deve eivar qualquer conduta de qualquer dos entes estatais que tratem do cuidado da criança³⁰⁶, inclusive o Poder Judiciário na figura dos juízes e promotores da Infância, que é um dos atores sociais previstos pelo ECA.

O princípio do melhor interesse, por sua vez, determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas³⁰⁷. É, por natureza, um critério interpretativo e argumentativo elevado, no sistema lógico-dedutivo, a categoria de norma declarada. Por esta razão, o trabalho defende que o melhor interesse é um *topos*, um lugar-comum ou ponto de partida, que serve de referência para diversas argumentações em torno de problemas práticos na Justiça da Infância e da Juventude, de modo a viabilizar pluralidade na compreensão da

³⁰⁵ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

³⁰⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

³⁰⁷ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

ordem jurídica de acordo com o interesse de praticar o valor do melhor interesse da criança.

O princípio é articulado no julgado do STJ que na sua fundamentação para decidir o futuro da criança levou em consideração o princípio do melhor interesse:

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. **Prevalência do melhor interesse da criança.** Melhores condições.

- **Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum**, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. **Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte** em processos deste jaez; **há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional**, nos termos do art. 33 do ECA. Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA. *(grifos nossos)*

Da leitura do julgado se observa como o melhor interesse é uma fórmula que orienta o juiz no momento de compreender qual deve ser a decisão mais acertada para fazer justiça perante uma criança. O princípio do melhor interesse, portanto, não ordena, mas viabiliza, em razão de sua própria ambiguidade, que o juiz, entendendo o contexto com o qual se depara na resolução do caso concreto, argumente qual o melhor caminho a ser seguido. Se trouxer perante as partes um argumento razoável, aceitável pela maioria, sua decisão terá legitimidade e encerrará o conflito. Tem-se, então, a tópica como Viehweg apregoeou.

O princípio da cooperação discorre que a todos – Estado, família e sociedade – compete o dever de proteção contra a violação dos direitos da criança e do adolescente.

O princípio da municipalização decorre do advento da Constituição Federal de 1988 quando houve a descentralização das ações governamentais na área da assistência social, conforme art. 204, I da CF/88.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social,

previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

Seguindo essa linha de raciocínio o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos traz em seu art. 88, I que:

Art. 88 São diretrizes da política de atendimento

I – municipalização do atendimento (...) ³⁰⁸

Assim, para que se possa atender as necessidades das crianças e dos adolescentes é necessário a municipalização do atendimento, de modo a compreender as características específicas de cada região. Além do que, quanto mais próximo dos problemas mais rápido de resolvê-los. Com entidades locais é possível conhecer as causas da existência desses problemas, de modo a fazer o trabalho de prevenção que a doutrina da proteção integral cuida de apregoar.

A característica da rede de atendimento do ECA é a capilarização, a infiltração, a pulverização do Atendimento. São os CREAS (Centros de Referência Especializados da Assistência Social) e os CAPS (Centros de Atendimento Psicossocial) que, inseridos nas localidades, entendem as peculiaridades e circunstâncias de cada lugar fazendo atendimento assertivo e cuidando da prevenção das causas.

O princípio da brevidade impõe que o período de internação o qual o jovem será submetido seja o mais breve possível, observando o prazo máximo de três anos. O princípio da excepcionalidade consiste no fato de que a medida de internação só será aplicada subsidiariamente, isto é, quando não houver cabimento para nenhuma outra medida socioeducativa.

³⁰⁸ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

Art. 121 - A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

*§ 5º - A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.*³⁰⁹

O princípio da convivência familiar coloca como situação excepcional a retirada da criança da sua família de origem para colocação em família substituta.

*Art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.*³¹⁰

O direito fundamental a convivência familiar, respaldado no artigo 227 da Carta Magna e assegurado pelo ECA, valoriza as relações afetivas da família, vez que, é na família que a criança encontra refúgio e apoio. É no meio familiar que a personalidade da criança se estrutura. No mais, faz-se importante ressaltar que, o papel dos genitores da família não se limita ao pagamento dos gastos ao final do mês ou na simples coabitação doméstica. Garantir a convivência familiar significa, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, assegura a criança e ao jovem um crescimento saudável, vez que, contribui para o desenvolvimento moral, cultural, espiritual e etc.

Nessa senda, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, acrescenta: “a preocupação pela família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem estar de todos os seus membros, e, em particular, as crianças.”³¹¹

³⁰⁹ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ BRASIL. **Convenção das Nações Unidas sobre direito da criança**. Decreto nº 99.710 de 20 de novembro de 1989. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 20/05/2017.

Outrossim, o Estatuto permite que a criança seja inserida em família substituta, decorrente de guarda, tutela ou adoção, ainda que temporariamente, as quais serão responsáveis pela sua proteção³¹².

Entretanto, para que a família possa desenvolver seu papel de forma digna, é necessário que o Estado cumpra sua função de garantidor de políticas públicas, principalmente no que se refira a educação, saúde, trabalho, alimentação, lazer, segurança, previdência e assistência social.

A subjetivação da condição da criança lhe concede o status de sujeito de direitos. Desde a substituição da doutrina da situação irregular pela da proteção integral, as crianças deixaram de ser objetos de proteção para serem sujeitos de direito efetivamente. Assim, esse princípio marca a superação do caráter assistencialista para a compreensão de que são credores de direito perante o Estado e a sociedade. A ideia aqui é a criança tem tantos direitos quanto os adultos, se não mais direitos que eles.

O princípio da intervenção precoce sustenta que a rede de proteção e as autoridades constituídas devem agir tão logo seja conhecida a situação de risco. Deverão adotar as providências necessárias a fim de evitar que o dano se consuma. É paradigmático do caráter preventivo que a doutrina da proteção integral traz consigo.

A oitiva obrigatória e participação garante que a criança tem direito de participar e de ser ouvida nos atos e na definição da medida de proteção e promoção dos seus direitos, como prevê o art. 28 do Estatuto:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.³¹³

Por causa do seu momento de seu desenvolvimento intelectual e perspectiva do mundo, o próprio ECA traz previsões diferentes no que se refere ao tratamento jurídico da criança e do adolescente.

³¹² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164.

³¹³ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

Algumas diferenças principais incluem a questão da colocação em família substituta. Tanto criança quanto adolescente devem ser previamente ouvidos por equipe interprofissional, no entanto, a opinião da criança será meramente considerada, enquanto a do adolescente será vinculante, pois o juízo depende do seu consentimento.

Além disso, os reflexos do ato infracional também são diferentes de acordo com a idade: às crianças só podem ser aplicadas medidas de proteção, enquanto que para os adolescentes é possível medidas de proteção ou medidas socioeducativas.

A previsão jurídica da capacidade civil e da emancipação não trazem muitas consequências em relação ao ECA. As incapacidades do Código Civil são direcionadas à proteção do patrimônio, portanto tem efeitos patrimoniais entre particulares, não maculando qualquer proteção de direito fundamental especialmente assegurado no ECA. Assim, nenhum adolescente emancipado deixa de ser titular de direitos do ECA porque se emancipou.

Dentre os vários princípios que compõem a doutrina da proteção integral o que se destaca para esse trabalho é o próprio regime jurídico de proteção da criança em si é o do melhor interesse. Funciona, portanto, como parâmetro interpretativo. O magistrado diante de dúvida deve agir em resposta à questão “o que é melhor para essa criança diante dessa situação particular?”. A tese gira em torno de defender que o trabalho de colocação em prática do princípio do melhor interesse é tópico. Magistrados, promotores e equipe interprofissional tem o privilégio de trabalhar de acordo com o problema, entendendo as circunstâncias do caso, argumentando o que acreditam ser o mais justo e agindo de acordo com esses valores. O processo judicial de proteção da infância, assim, é menos lógico-dedutivo, como apregoa o sistema, e mais tópico-argumentativo, como ensinou Viehweg.

Antes de partir para o demonstrativo efetivo de como a tópica compõem a concretização do melhor interesse da criança, parte-se para entender mais aprofundadamente o referido princípio utilizando o problema da estipulação da guarda a título exemplificativo.

4.4.2 A estipulação da guarda como forma de combater e prevenir a alienação parental como demonstrativo prático do princípio do melhor interesse

O instituto da guarda não é definido no ordenamento jurídico, limitando-se o Código Civil de 2002 a identificá-lo como sendo um atributo do poder familiar³¹⁴. Neste prisma, embora o ordenamento jurídico não tenha conceituado a guarda, é possível esclarecer, através de análise de seus atributos e pesquisa doutrinária, o que vem a ser o instituto e de que forma ele atua. A palavra “guarda” significa guardar, cuidar, proteger, portanto, é o ato de ter o filho sob sua permanência, sob seus cuidados, sob sua posse de fato.

O poder familiar é um direito-dever dos pais, advindos da maternidade, em cuidar da criação e proteção dos filhos. É imprescindível destacar que, apesar da guarda estar atrelada ao poder familiar, estes não se confundem, posto que a guarda é um dos atributos do poder familiar, é um dos meios de seu exercício.

O aludido instituto constitui, como foi dito, um *múnus* público, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado³¹⁵.

Pode-se extrair deste entendimento que o poder familiar possui características que evidenciam a obrigatoriedade de zelar pelo bem estar das crianças e adolescentes, sendo este poder personalíssimo, por isso é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, só podendo ser exercido a princípio pelos pais, a quem compete o dever de guarda e proteção, sendo estes, atributos do poder familiar, ou ainda, através da filiação legal³¹⁶, que é adquirida mediante normatização jurídica, como nos casos de adoção e reprodução assistida. Oportuno se faz, destacar ainda, a existência da filiação socioafetiva, que mesmo

³¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 04ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 782.

³¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. 2015, p. 422.

³¹⁶ DIAS, Maria Berenice. op.cit.. 2015,p. 784.

não sendo tecnicamente sanguínea ou legal é reconhecida jurisprudencialmente, conforme o princípio da igualdade entre os filhos³¹⁷.

Baseado no superior interesse da criança e do adolescente, fez-se necessário o Estado criar maneiras de encaixar esses as crianças de forma segura e minimamente invasiva nos mais variados modelos de família, objetivando sempre um convívio saudável, independente da ruptura de relacionamento entre cônjuges, parentes e demais pessoas que possuam autoridade sobre os menores, decorrentes ou não do poder familiar.

Apesar deste encargo conferido aos genitores ser irrenunciável, indelegável e inalienável, está sujeito a fiscalização por parte do Estado, que ao constatar o desvirtuamento de tais obrigações age de forma protetiva e repressiva, suspendendo ou extinguindo o poder familiar, se constatados fatos que ensejem na incompatibilidade do exercício por um ou ambos os pais³¹⁸.

O instituto da guarda é, então, parte dos direitos e deveres que compõem o poder familiar, mas também fruto da intervenção estatal, criado por lei, para definir juridicamente o destino dos filhos, bem como para determinar os direitos e deveres dos pais, diante do novo estado familiar ou da perda do poder familiar por aquele que o detenha.

O Código Civil de 2002, apresentou duas espécies de guarda, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Contudo, a guarda compartilhada é tida pelo ordenamento jurídico, como a regra, ou seja, deve ser sempre a primeira escolha a ser considerada, só cabendo as demais, caso a espécie compartilhada seja inviável:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela

Lei nº 11.698, de 2008). [...]

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008). (BRASIL, 2002)

³¹⁷ SANTANA, Yasmin. **Aspectos Relevantes Acerca do Instituto da Filiação**. (Artigo Científico). Jurídico Certo, 2016. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/yasminn-sant-anna/artigos/aspectos-relevantes-acerca-do-instituto-da-filiacao-2768>>.

³¹⁸ COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Muito embora o legislador só houvesse mencionado explicitamente a guarda unilateral e compartilhada, existe ainda, como reconhecido pela jurisprudência, a guarda em sua espécie alternada.

Prevista no art. 1.583 do Código Civil de 2002, a guarda compartilhada consiste no exercício por ambos os pais, que embora não convivam mais sob o mesmo teto, partilham entre si os direitos e deveres inerentes à criação dos filhos, com a responsabilidade conjunta, cabendo a ambos as decisões advindas do poder familiar³¹⁹. Para que a guarda compartilhada seja implantada, há de ser realizado, assim como nas demais espécies de guarda, o juízo de conveniência, posto que embora seja a espécie que mais preserve os filhos, em se tratando de convivência familiar – garantia constitucional e princípio fundamental da doutrina da proteção integral como antes visto -, esta deve ser implantada, respeitando algumas observações, quais sejam: local de residência dos pais, condições físicas e psíquicas tanto dos pais quanto dos filhos, bem como a preferência por este modelo de guarda.

A guarda unilateral é a atribuída a apenas um dos pais, e em caso de falta ou impedimento destes, poderá ser atribuída a alguém que os substitua, devendo ser aplicada àquele que possua melhores condições no tocante ao fornecimento de educação, saúde, segurança e lar harmonioso com boas relações afetivas.

A guarda alternada remete a revezamento; por determinados períodos um ou outro genitor mantém os filhos sob sua guarda exclusiva, por determinado período de tempo, sendo assim uma junção da guarda unilateral em seu caráter exclusivo e da guarda compartilhada, no exercício da guarda por ambos os pais, em momentos diversos.

A expressão “alienação parental” (*parental alienation*), que significa “criar antipatia paterna”, foi, segundo Gonçalves³²⁰, utilizada por Richard Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, em 1985, em um tribunal norte americano, em que se discutia a guarda de menores. Foi constatado que um dos genitores induzia os filhos a romperem laços afetivos com o outro genitor

³¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 04ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 885.

³²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

O termo descreve a situação causada pela manipulação de ordem psíquica, os pais manobravam os sentimentos dos filhos, através de falsa imagem criada do outro genitor, fazendo a criança criar aversão e desprezo, levando-o a cortar os laços afetivos com o genitor atingido.

Denota-se, diante disto, que a alienação parental é manipulação psíquica dos filhos, exercida, em regra, por um dos genitores, parentes ou outro indivíduo, que detenha a guarda e convivência da criança, face um genitor, em litígios que envolvem dissolução do vínculo conjugal e guarda. Baseia-se na desmoralização, no desprestígio e na desconstrução da boa imagem do outro perante os filhos, causando seu distanciamento. Objetiva, em suma, a vingança causada pelo descontentamento afetivo com o atingido. Na maioria dos casos ocorre quando há litígio envolvendo os pais durante o processo de divórcio, de forma a manipular os filhos como uma das formas de atacar o outro genitor.

A prática da alienação parental é exercida quando um genitor, perante os filhos, os faz acreditar em falsa realidade criada através de comentários maldosos sobre o outro, críticas negativas, imposição de dificuldades no convívio, inviabilizando o direito de visitas, por exemplo. A conduta tende a fazer com que os filhos criem aversão a(o) novo(a) companheiro(a) do outro genitor, dentre tantas outras situações em que o objetivo seja afastar do convívio, criando, assim, uma verdadeira batalha em que os filhos se tornam a arma e o genitor atingido, o alvo.

O entendimento acima exposto, fora extraído do art. 2º da Lei nº 12.318, conforme dispositivo abaixo transcrito:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

Os efeitos da prática da alienação parental na vida das crianças vão além da supressão do direito de convivência destes com seus genitores e demais familiares, afetam não apenas o convívio familiar, mas o sistema físico e psicossocial, uma vez que as crianças e adolescentes vítimas da alienação parental possuem suas vidas marcadas, tornando-se adultos com problemas psiquiátricos. Os efeitos nas crianças vítimas da Síndrome de Alienação parental podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente

psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio³²¹.

Como já se pode observar na leitura anterior, um dos fatores facilitadores da prática da alienação parental é o tempo em que o alienante possui com as crianças, uma vez que por tê-los por mais tempo em sua companhia, possuem maior domínio sobre as mesmas, controlando sua rotina diária e vigiando seu comportamento, não permitindo que o outro genitor consiga manter os mesmos laços afetivos de outrora, ainda que sejam resguardados o direito-dever de visitas.

Neste prisma, pode-se atentar que a guarda em sua espécie unilateral, por ser imposta exclusivamente a um dos genitores, torna-se um meio facilitador e solidificador da prática da alienação parental:

A guarda unilateral pode fomentar os sentimentos possessivos do genitor guardião em relação aos filhos, possibilitando a ocorrência da alienação parental. Diante disto, a decisão judicial que atribui a guarda do filho a um ou a outro genitor, deve estar calcada no princípio constitucional do melhor interesse da criança, quando não for possível a guarda compartilhada³²².

Ora, o que aqui se argumenta é que o sistema pretensamente dedutivo afirma que, ao definir qual o tipo de guarda a ser conferida aos genitores na dissolução da sociedade conjugal, o juiz deve analisar as peculiaridades da situação diante de si. Com a acumulação desse conhecimento de fato ele vai fazer um juízo derivado da sua experiência partindo do *topos* de que a decisão deve se preocupar com o melhor interesse da criança. O resultado de referida análise vai ser fundamentado através de uma argumentação que pareça razoável de acordo com o ponto de partida do melhor interesse.

A guarda compartilhada, como dito, é a espécie de guarda em que ambos os pais são detentores de direitos e deveres do menor, exercendo-os de forma conjunta, primando assim pela preservação da convivência com ambos os genitores ou substitutos. Nesta espécie de guarda, que já é uma tendência

³²¹ PODEVYN, François. **Síndrome de alienação parental**. In: Associação de pais e Mães Separados. (trad.). 04 abr. 2001. In: Disponível em: <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>. Acesso em 28/05/2018.

³²² SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: O uso dos Filhos como Instrumento de Vingança entre os Pais**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.153.

mundial³²³, embora haja o rompimento conjugal dos genitores, o vínculo e a convivência familiar não são afetados, pois na guarda compartilhada os direitos e encargos com a criação dos filhos são iguais.

Ocorre que, para ser implantada e surtir os efeitos previstos, a guarda compartilhada só é cabível quando ambos os pais em comum acordo a desejam, posto que seria um sério risco a proteção integral do menor, ficar sob a guarda de um genitor de forma forçada. Desta feita o Art. 1.584 do CC/02 em seu § 2º, aduz que embora a regra seja a de implantar a guarda compartilhada, nos casos de discordância sobre a mesma, o juiz deixará de implantá-la caso um dos genitores não a deseje.

Cabe ao Judiciário, portanto, para efetiva garantia do melhor interesse da criança a determinação da realidade dos fatos para construir um argumento que utilize da regra geral e ideal, a guarda compartilhada, ou afaste a incidência de referida regra por se provar desinteressante para a criança. Este é grande desafio do Judiciário, dirimir o litígio acerca da guarda de maneira consciente acerca dos benefícios e circunstâncias da ocasião. Toda lei é genérica, não contém realidade prática. Assim, o aplicador se vê compelido a atenuar o rigor da lei, ou, pelo contrário, cometeria atos de injustiça³²⁴.

Portanto, para garantir a correta implantação é necessário que na vara de família haja uma equipe multidisciplinar, que inclua além do advogado, Ministério Público e Juiz, profissionais da área de Serviço Social e Psicologia.

A presença da multidisciplinaridade tem importância, pois atua como um agente facilitador durante as discussões sobre a guarda, com a atuação de profissionais habilitados a realizar um estudo psicossocial, anterior a escolha da guarda a ser implantada, nos casos em que haja a suspeita da prática de alienação parental:

É preciso que os operadores de Direito tenham conhecimento da relevância da atuação multidisciplinar em demandas que envolvam conflitos familiares, pois, sem o auxílio de profissionais habilitados a trabalhar e entender os sentimentos das pessoas, que normalmente já estão fragilizadas diante da ruptura familiar, sob pena

³²³ MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação Parental e sua Síndrome**. 1ª ed. Recife: Bagaço. 2011.

³²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 419.

de se deparar com julgamentos frios, eivados de objetividade, mas que, na verdade, não se coadunam com a realidade e a necessidade das pessoas envolvidas naquela questão³²⁵.

No estudo psicossocial, será possível avaliar o relacionamento das crianças com os pais, além de detectar se entre a relação de pais e filhos já existe a prática da alienação parental. Este estudo é feito com base em critérios legais, estabelecidos na própria Lei da Alienação Parental, constante no Art. 5º, §1º e 2º, ao estabelecer:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

Em se tratando de males que ameaçam a integridade física e psíquica das crianças, não se pode agir apenas repressivamente, conforme preconiza o princípio da proteção integral da criança e adolescente.

Com esses cuidados a guarda deve ser modificada com vistas a atender o superior interesse da criança e adolescente, caso se verifique que a implantação de determinada espécie pelo judiciário, não atende aos interesses de outros, senão os pais. Fato que é comum na justiça de 1º grau, como já fora visto. O julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ilustra:

ACÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA, CONVIVÊNCIA FAMILIAR. GUARDA COMPARTILHADA. 1. Não é a conveniência dos pais que deve **orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho**. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ele perca seus referenciais de moradia. 3. A sentença atacada merece ser reformada apenas no ponto que definiu a guarda unilateral em favor do genitor, devendo ser

³²⁵ SANDRI. Jussara Schmitt. **Alienação Parental: O uso dos Filhos como Instrumento de Vingança entre os Pais**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.161.

estabelecida a guarda compartilhada, mas determinando que o referencial de moradia do menor seja a casa paterna, pois o menor está com o genitor há alguns anos, estando bem adaptado a rotina familiar paterna, no mais a sentença deverá ser mantida. Recurso parcialmente provido.

(Apelação Cível Nº 70075071803, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/10/2017).

(TJ-RS - AC: 70075071803 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 24/10/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/10/2017)

A jurisprudência acima exposta comprova a ideia de que os juízes aplicam a guarda unilateral sem maiores questionamentos, posto que neste caso, ambos os genitores pleitearam a guarda do filho. Diante disso, a câmara concedeu provimento parcial, no tocante a espécie de guarda, que foi modificada, passando a ser compartilhada por melhor atender os interesses do infante. O pressuposto, o argumento, o *topos*; melhor interesse da criança.

A relação entre estipulação da guarda, verificação de alienação parental e asseguramento do melhor interesse da criança é argumentativa. Não decorre da aposição lógica da sentença que deriva das premissas, como o silogismo positivista pressupõe. Aqui é preciso atividade do magistrado, promotoria e equipe interprofissional para averiguar a realidade do caso e definir, de acordo com o *topos* do melhor interesse, qual a melhor forma de guarda para assegurar o interesse daquela criança. O processo aqui se permite investigar de uma forma que a lógica dedutiva regular não o faz.

A equidade é tarefa complementar do direito da criança e do adolescente. O intérprete não quer compreender apenas o texto, que é conhecimento universal, não pode compreender apenas a tradição, não pode ignorar o desafio da situação concreta³²⁶, relacionando o texto normativo as circunstâncias específicas com as quais está trabalhando.

Para melhor exemplificar essa que é a tese central do trabalho, vai a partir de agora analisar casos exemplificativos de como o princípio do melhor interesse é arma interpretativa que permite o Judiciário se distanciar do sistema normativo lógico-dedutivo para aplicar a racionalidade tópica na garantia dos direitos das crianças.

³²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 426.

5 O PROCESSO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E A VERIFICAÇÃO DA RACIONALIDADE TÓPICA DE VIEHWEG PARA GARANTIA DE DIREITOS

Nos capítulos anteriores a racionalidade tópica foi trabalhada de maneira mais aprofundada. No entanto, resta tecer alguns comentários para argumentar como seus parâmetros são observados na construção e reconstrução diária do direito da criança e do adolescente, de acordo com as necessidades dadas pelas situações que se sucedem.

Como foi visto, os *topoi* são os pontos de vista aceitáveis universalmente, que ajudam na construção da verdade controlada no discurso judicial de operações estruturais³²⁷. Assim, para construir argumento favorável e irrecusável pra o oponente é necessário entender a técnica da disputa. De início, descobrir o *topos* de onde deve decorrer a conclusão desejável; em seguida formular as perguntas específicas e colocá-las de uma maneira para, em seguida, apresentá-las ao oponente na ordem correta, de modo que ele mesmo o ajude a chegar a conclusão³²⁸. Desse modo, Viehweg, com a assistência dos ensinamentos de Aristóteles, ensina que a primeira tarefa na dialética é descobrir qual a proposição que o adversário pode concordar, o *topos*, para que possa, com a assistência das perguntas direcionadas, chegar a mesma conclusão que se considera desejável.

Assim, se se quer investigar determinada matéria faz-se necessário conhecer seus *topoi*, os argumentos, os lugares de onde se extrai material³²⁹. Quando se fala em direito da criança e do adolescente esses *topoi* serão os princípios da proteção integral, primazia absoluta e, mais especialmente para esse trabalho, o melhor interesse. São esses princípios que servem como argumentos universais, irrecusáveis por qualquer um, portanto, aceitos por todos.

Por causa dos referidos *topoi* muitas vezes o direito da criança e do adolescente se afasta dos princípios da lógica e segue caminhos que destoam da dedução dogmática, construindo argumentos e convencendo, com isso, de que ali o direito deve divergir. A partir de agora vai-se tentar apresentar exemplos que mostram as situações em que isso acontece.

³²⁷ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 26.

³²⁸ Ibid., p. 26.

³²⁹ Ibid., p. 28.

5.1 A REALIDADE SOCIOAFETIVA NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO COMO INCORPORAÇÃO DA RACIONALIDADE TÓPICA NO SISTEMA LÓGICO-DEDUTIVO

Convencionou-se vulgarmente chamar de adoção à brasileira um sistema de adoção feito sem o cumprimento do procedimento legal. A situação consiste no ato de registrar filho alheio como próprio, ou seja, a criança é registrada por pais não biológicos sem atender aos requisitos estabelecidos em lei para adoção. Essa prática existe no Brasil de forma disseminada³³⁰.

O registro da criança é feito no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma simplificada, pois com base no disposto no art. 54 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), basta o suposto pai ou mãe declarar o nascimento relatando que a criança nasceu em casa e, se houver dúvida por parte do cartório, trazer consigo como testemunhas os profissionais que assistiram o parto³³¹. É a alternativa à falta da DNV, a Declaração de Nascido Vivo emitida pelos hospitais, que é requisito para a emissão de registro.

Diversos fatores influenciam a prática da adoção à brasileira. Dentre eles estão a esquivas de um processo judicial para adoção demorado e dispendioso e o medo de não lhe ser concedida a adoção pelos meios regulares. É dado ao processo de adoção certa formalidade, de modo a averiguar com cautela a conveniência daquela adoção para a criança. Por mais que o processo não seja contencioso por natureza, pois é interesse de todas as partes dar uma família à criança, ainda sim o Estado analisa cuidadosamente os candidatos, bem como a adaptação da criança à família, através do estágio de convivência, antes de permitir que o juiz prolate a sentença constitutiva de adoção.

Antes, no entanto, do procedimento de adoção ser sequer instaurado os candidatos a adotantes devem se cadastrar junto as Varas da Infância, apresentar série de documentos, fazer um curso de capacitação e então esperar que Estado entre em contato quando encontrar compatibilidade entre adotante e adotando³³².

O longo tempo médio de espera também é, portanto, outro fator determinante para adoção à brasileira. Ao se cadastrar junto as Varas da Infância e

³³⁰ SENADO FEDERAL. **Adoção: opiniões, dados e ações.** Disponível em <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/adocao-opinioes-dados-e-acoes.aspx>> Acesso em 12/12/2018.

³³¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 138.

³³² Ibid., p. 103.

Juventude o candidato a adotante deve comunicar que criança está interessado em adotar. Dentre as características do adotando, o adotante pode estipular o número de crianças, se aceita irmãos, qual o sexo, idade, deficiência e etnia. Por causa do número de restrições colocadas, o tempo de espera na fila pode se prolongar.

De acordo com dados do CNA, o Cadastro Nacional de Adoção, que centraliza todas as informações dos adotantes e adotandos, existem mais de 42,7 mil pretendentes cadastrados para adotar. Desse total, 92,18% aceitam crianças brancas, 80,18% aceitam crianças pardas, 52,47% aceitam crianças negras e 47,09% querem uma criança com qualquer cor de pele. A maior parte dos menores aptos para a adoção é parda (48,23% do total)³³³. O racismo, assim, também pode ser um fator determinante para o prolongamento do processo de adoção. Quase que a maioria dos cadastrados recusam crianças negras, sendo que as maiores causas de abandono, orfandade ou abuso que colocam uma criança para ser adotada estão atreladas à problemas derivados da pobreza, mais comum entre a população negra.

Quanto ao sexo da criança, a maioria dos pretendentes – 63,78% – é indiferente, enquanto 27,62% preferem uma menina e 8,61% desejam adotar um menino. Além disso, a idade é outra restrição levada em consideração quando se analisa o tempo de espera para a adoção.

Desta forma, os interessados passam a optar pela adoção à brasileira para atingir seu objetivo de forma rápida e fácil, sem pensar nas consequências que poderão surgir através desta prática ilegal. Destacam-se duas consequências relevantes de tal ato.

A primeira delas é a possível anulação do registro de nascimento. Isso poderá ocorrer caso os pais biológicos venham a se arrepender futuramente de terem dado seu filho para que outro o registrasse, e com um simples exame de DNA, poderão comprovar seus laços sanguíneos, resultando na desconstituição daquela entidade familiar³³⁴.

Tal circunstância demonstra que a relação derivada da adoção à brasileira é frágil. A família que prefere pela forma irregular acaba também optando por viver uma situação instável e arriscada, submetendo-se ao medo de que no futuro a

³³³ Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> > Acesso em 15/12/2018.

³³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro-direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 285.

verdade possa vir à tona. A adoção à brasileira, assim, não goza da irrevogabilidade nem da proteção e segurança jurídica dada à adoção legal, que resulta numa sentença constitutiva de novos laços de parentesco que são irrevogáveis e extinguem os laços anteriores³³⁵. O combate à adoção à brasileira também se justifica na medida em que a adoção pode ser praticada com fins lucrativos.

Vale ressaltar, no entanto, que o arrependimento dos pais biológicos não garante que a criança voltará para o convívio deles, pois a legislação brasileira que trata da adoção legal (Lei 12.010/09), tem como prioridade o convívio familiar, em que a família se sobrepõe às instituições, e o afeto tem mais importância que o vínculo biológico, o que dificultaria o retorno dessa criança aos pais biológicos quando já existe a identificação dos sujeitos como componente familiar.

Além do mais, quando faticamente há uma adoção consolidada, a regularização da situação se faz necessária e tem base no princípio constitucional do melhor interesse da criança, disposto no artigo 227 da Constituição Federal e art. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. A regularização, neste caso, representa efetivo benefício à criança que tem direito absoluto à convivência e, para quem, muitas vezes, os únicos pais que conhece são os pais adotivos.

Nos casos de adoção através de registro de filho alheio em nome próprio, o vínculo familiar representa a verdade sócio afetiva e traz consigo uma estabilidade e segurança física e emocional à criança. Essa proteção é o bem jurídico de maior relevância e é a efetivação do disposto no princípio do melhor interesse da criança, servindo, portanto, como referência para argumentação que contraria a norma de anulação do registro.

Assim, por mais que a adoção à brasileira não seja considerada uma espécie de adoção nos moldes da legislação, de acordo com as peculiaridades do caso, o juiz, compreendendo qual o melhor interesse da criança, pode não destituir os laços familiares construídos de fato. Não há norma jurídica que permita expressamente tal interpretação. Trata-se uma interpretação derivada do *topos*, do ponto de vista, que a criança deve ser protegida e seu interesse vale mais que o cumprimento irrestrito da norma, traduzido do princípio do melhor interesse.

³³⁵ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2 ed. Curitiba: Jurá, 2013, p. 140.

Em julgado de agosto de 2017, como relata o STJ, a guarda de uma criança foi concedida aos pais adotivos. Nesse caso, a criança foi abandonada pela mãe biológica aos 17 dias de vida e foi encontrada em frente a uma casa, dentro de uma caixa de papelão. A dona da casa entregou a criança para seu filho, que vivia em união estável homoafetiva desde 2005.

Segundo os autos, a criança vinha recebendo, desde a adoção informal, o afeto e os cuidados necessários para seu bem-estar psíquico e físico. Diante disso, o relator concluiu que:

(...) **admitir-se a busca e apreensão de criança, transferindo-a a uma instituição social** como o abrigo, sem necessidade alguma, até que se decida em juízo sobre a validade do ato jurídico da adoção, em prejuízo do bem-estar físico e psíquico do infante, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável, **não encontra amparo em nenhum princípio** ou regra de nosso ordenamento³³⁶.

Pelo sistema lógico-dedutivo, em razão de norma expressa, os companheiros não se enquadravam nos requisitos de exceção à adoção regular através do cadastro junto a Vara da Infância, previstos pelo art. 50 do ECA, como tutela ou guarda da criança há mais de três anos ou formulação do pedido de adoção por parente. Não havia ainda, da mesma forma, sido formado vínculo afetivo familiar propriamente entre o casal e a criança em razão do pouco tempo de convivência, que conclui o rol das exceções ao procedimento regular.

Dessa forma, como dito, a adoção informal no caso em tela, por dedução, deveria ser desconsiderada. Ainda sim, a decisão do STJ foi contrária à norma legal e no sentido de garantir o que, de acordo com argumentação razoável, é o melhor para a criança permanecer no seio familiar, ao invés de circular por entre abrigos institucionais por tempo indeterminado. O melhor interesse da criança, portanto, serve de referência para construir o argumento que transgride diretamente o sentido expresso da lei. É o que se defende no trabalho exemplificado na realidade jurídica.

Além da possível reversão da adoção à brasileira em razão da informalidade, a segunda consequência prevista na norma jurídica está na esfera

³³⁶ Supremo Tribunal de Justiça. **Julgados sobre adoção à brasileira buscam preservar o melhor interesse da criança.** Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Julgados-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a Acesso em 15/12/2018.

penal. Há previsão legal do ilícito de registrar filho alheio como próprio; a adoção à brasileira é, com isso, um crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais que se reconheça o nobre motivo, tal prática vem a ser uma dissimulação e uma infração a lei, visto que é tratada como crime no capítulo “Dos crimes contra o estado de filiação” (capítulo II do Título VII), tipificada no artigo 242 do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/1940). Ademais, o crime de falsidade ideológica trazido pelo art. 299 do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940) vem complementar a tipicidade da prática de registro de filho alheio em nome próprio³³⁷.

Todavia, se o crime é praticado com reconhecida nobreza, o próprio Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940) reconhece no parágrafo único do art. 242 que poderá o juiz deixar de aplicar à pena. Esta tem sido a conduta adotada pela jurisprudência quando se verifica carinho e boas intenções na prática do ilícito³³⁸. Tal fato ganhou ainda mais força com o advento da lei 12.010/2009, em que a prioridade é a convivência familiar, através da qual a família é o lugar onde existe amor, e com isso, acredita-se que a adoção à brasileira será analisada sem que haja punição.

Tem-se, portanto, que a adoção à brasileira não apresenta um risco aos adotantes apenas pela instabilidade da situação, que não encontra a segurança normativa, mas ainda porque os adotantes cometem ato ilícito punível com pena restritiva de liberdade. No entanto, da mesma forma que a confirmação do registro – ao contrário da sua anulação, como previsto na lei -, a aplicação de referida pena é, na maior parte das vezes, desconsiderada, se o magistrado entende, de acordo com a situação concreta, que o referido ato ilícito, registrar como seu filho de outrem, foi feito na intenção de trazer para seu seio familiar uma criança na condição de filha, para dar amor e cuidado. Para o Judiciário, portanto, por mais que receba a incumbência de colocar em prática as formalidades da Lei de Adoção e art. 242 do CP para quem burla a lei, referidas normas serão desconsideradas, se possível argumentar que é do melhor interesse da criança permanecer naquela família. Percebe-se, com isso, que o próprio sistema normativo adotou a possibilidade de pluralidade decisoral, deixando expressamente nas mãos dos juízes a incumbência de avaliar o caso e fazer o que for melhor para a criança.

³³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro-direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 287.

³³⁸ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2 ed. Curitiba: Jurá, 2013, p. 142.

Em decisão de outubro de 2016, o STJ aprovou o pedido de adoção feito por um casal para permanecer com irmãos gêmeos, adotados à brasileira, aos nove meses de idade. O marido alegou que seria pai biológico das crianças, frutos de relacionamento extraconjugal passageiro, e que sua esposa estaria disposta a adotá-las.

Segundo os autos, após exame de DNA, verificou-se que o adotante não era o pai biológico dos gêmeos, como alegava ser. Também foi constatado que o pai e o avô das crianças, na família de origem, abusavam sexualmente das crianças mais velhas com a conivência da mãe biológica. Dessa forma, os gêmeos estariam em situação de risco caso voltassem a viver com a família biológica.

Diante dessa situação, o relator do processo defendeu a permanência dos gêmeos com os pais adotivos.

Não é possível afastar os olhos da situação fática estabelecida para fazer preponderar valores em tese. O que se tem, no momento, são duas crianças inseridas em um lar no qual vivem há mais de cinco anos, com a recomendação para que sejam recolhidas a um abrigo, sem entender, porém, a razão pela qual lá estarão e porque seus 'pais' não podem mais lhes fazer companhia", disse o ministro. (...) **Os danos psicológicos são constatáveis de pronto e são de difícil reparação (...)** Se serão ocasionados pelos adotantes ao descumprirem as ordens judiciais, ou se decorrem do próprio sistema de adoção, **não importa, o fato é que atingem menores, cuja proteção e bem-estar imantam todo o sistema** criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente³³⁹.

Percebe-se, mais uma vez, através do relato do STJ que, por mais que se reconheça o cometimento de tipo penal, registrar crianças como se seus descendentes biológicos, ainda sim o princípio do melhor interesse afasta a aplicação da pena e confirma o registro, garantindo o melhor interesse das crianças de permanecerem com aqueles que já reconhecem como seus pais, o que – até o momento – confirma a hipótese do trato tópico ao objeto da presente tese.

Embora se possa pensar que a adoção à brasileira é uma exceção, a ela se arriscando apenas pessoas de menor esclarecimento, pesquisas demonstram o contrário. Há quase a mesma proporção de adoções regulares e irregulares no

³³⁹ Supremo Tribunal de Justiça. **Julgados sobre adoção à brasileira buscam preservar o melhor interesse da criança.** Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Julgados-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a Acesso em 15/12/2018.

Brasil. Destaca-se o percentual de 52,1% de adoções regulares e o restante compondo as adoções irregulares, em que a maioria das adoções informais, ou seja, 41,5% ocorreram através de registro em cartório da criança de outrem, como filho legítimo, através de uma declaração falsa de nascimento. O restante das adoções informais, 6,4% segue o procedimento conhecido vulgarmente como filhos de criação, isto é a criança passa a morar definitivamente com outra família, mas sua certidão de nascimento não é alterada, permanecendo com a filiação de seus pais biológicos. São os dados do CNJ de 2014³⁴⁰.

Como vem sendo demonstrado, a realidade socioafetiva é o parâmetro medidor mais importante da decisão judicial, revelando-se mais imprescindível que os próprios parâmetros legais, visto que estes são afastados quando está provada em juízo.

Assim que a jurisprudência tem sido no sentido de até mesmo comprovada a filiação, ou ainda, a não filiação com exame de DNA, não fazer disso por si só prova cabal para sentença negatória de paternidade, por exemplo. Para que a ação negatória de paternidade seja julgada procedente não basta apenas que o DNA prove que o pai registral não é o pai biológico. É necessário também que fique provado que o pai registral nunca foi um pai socioafetivo, ou seja, que nunca foi construída uma relação socioafetiva entre pai e filho.

Percebe-se, portanto, que a paternidade, atualmente, deve ser considerada gênero do qual são espécies: a) a paternidade biológica e b) a paternidade socioafetiva.

Com isso, a paternidade pode não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de filiação numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de emprestar seu nome de família, trata verdadeiramente como filho perante o ambiente social.

Da mesma forma, o direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. Assim se a criança tem um pai registral que adotou à brasileira e já se estabeleceu uma realidade de filiação socioafetiva, ainda sim é possível inserir um segundo nome no registro, de modo a garantir a filiação biológica.

³⁴⁰ Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf> > Acesso em 15/12/2018.

A adoção à brasileira, ou qualquer adoção informal, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrai, os patrimoniais e os hereditários. Mais uma vez, o *topos* do melhor interesse sobrevalece às regras do sistema lógico-dedutivo. Trabalhando na ambiguidade dos termos é possível argumentar e garantir o que for melhor para cada criança em cada caso concreto, até mesmo a confirmação da multiparentalidade.

O STJ entende que, mesmo que o filho tenha sido acolhido e tenha usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

- A “adoção à brasileira”, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção(...)

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. (REsp 833.712/RS) (g.n.)

Do julgado chama a atenção a referência às peculiaridades do caso que devem ser parâmetros para o julgador. Falar em peculiaridades do caso é, em outras palavras, falar em atender as necessidades específicas do caso, pensando no melhor interesse da criança. A argumentação e a justificação para a decisão

são construídas de acordo com a situação, de modo a confirmar os princípios do melhor interesse, primazia absoluta e proteção integral.

Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral não afasta o direito do filho de ver reconhecida a sua filiação biológica. Nesse caso, o jovem fica com os dois nomes nos registros, do pai biológico e do pai socioafetivo, além dos nomes dos avós paternos. É o que entende o Judiciário.

Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado (STJ REsp 1088157/PB).

Em um julgado mais rigoroso, o STJ já decidiu também que o pai que questiona a paternidade de seu filho socioafetivo (não biológico), que ele próprio registrou conscientemente, está violando a boa-fé objetiva, mais especificamente a regra da proibição de comportamento contraditório, a teoria dos atos próprios.

Com isso, apesar da expressa estipulação da lei de que adotar como seu filho de outrem configura ilícito penal e enseja a anulação do registro com a retirada da criança desse núcleo familiar, ainda sim os magistrados, através do princípio do melhor interesse e de sua ambiguidade, que permite argumentar em torno da situação, mostra que nem sempre vai haver imposição de pena e anulação registral. Muitas vezes, pelo contrário, os registros são confirmados; ou ainda é modificado inserindo novos pais, caracterizando a multiparentalidade; ou pode acontecer o que a norma propõe, a anulação do registro, se não há vínculo estabelecido e a família biológica se arrepende. A pluralidade deriva da argumentação, já que a dedução não é capaz de explicar as diversas alternativas

Veja-se, portanto, que apesar de crime na forma da legislação penal, de não ter o caráter de irrevogabilidade e de, a rigor, extinguir os vínculos fundados na dissimulação, na prática a adoção à brasileira, por se provar muitas vezes mais interessante para a criança, afasta todos esses efeitos. Construindo o argumento a partir de cada problema o juiz a cada caso concreto vai determinar que a lei penal não deve produzir seus efeitos e nem mesmo a lei civil. A decisão é no sentido contrário do sistema, questionando a lógica de aplicação da norma. A decisão é, portanto, tópica, fundamenta-se no argumento do melhor interesse, da convivência familiar e da proteção integral, que são *topoi* aceitos pela maioria e, por isso, válidos para construir o convencimento e aprovação da situação.

O juiz aqui, portanto, não vai apenas aplicar a lei ao caso concreto, mas colabora ele mesmo para o aperfeiçoamento do direito a medida que dá atenção ao caso particular de acordo com suas peculiaridades. O instrumento usado é o *topos* do melhor interesse.

5.2 A TÓPICA NO PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE: APLICAÇÃO DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE COMO ÚLTIMO RECURSO EDUCATIVO

De acordo com o ECA, à criança e adolescente falta um elemento essencial para a composição do crime, a putabilidade. Assim, todo menor de 18 anos é considerado inimputável e, em razão disso, não está submetido ao regime jurídico do Código Penal.

O cometimento de conduta equivalente a crime por criança ou adolescente é, nos moldes do Estatuto, chamada de ato infracional e o regime de tratamento também é guiado pelo ECA. No procedimento de apuração de ato infracional, chamada ação socioeducativa, o juiz, determinada a autoria, vai, de acordo com a situação concreta, estabelecer que medida protetiva ou medida socioeducativa acredita ser cabível, com a assistência do Ministério Público e da defesa. Importante, no entanto, levar em consideração que às crianças, aquelas de até 12 anos, não cabe imposição de medida socioeducativa, apenas medida protetiva³⁴¹.

O rol de medidas socioeducativas é taxativo e inclui desde advertência, até a mais grave, a privação da liberdade, passando ainda por prestação de serviços à comunidade, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida e semi liberdade³⁴². Ao contrário do direito penal, no entanto, não há vinculação normativa absoluta entre a espécie de ato infracional e a medida a ser aplicada³⁴³.

³⁴¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 331.

³⁴² Art. 112. *Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:*

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semiliberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

³⁴³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 355.

Com isso, é possível perceber que a aplicação de medidas socioeducativas promove a preocupação com a realidade social e as particularidades de cada adolescente ao invés de estabelecer parâmetros fechados de dedução sistemática, como é a regra no procedimento judicial. No sistema estatutário não se determina que conduta X enseje a penalidade Y, o direito da criança tem a expectativa de que os atores sociais, desde aqueles ligados ao Judiciário, passando pela Administração Pública até a sociedade, promovam o que for do melhor interesse do adolescente, avaliando as circunstâncias. Assim, a decisão da ação socioeducativa não depende do ato infracional cometido, mas das peculiaridades em torno da criança que ensejam que medida pode lhe assistir melhor, de modo a evitar a situação que ocasionou tal ato contrário à lei.

Da mesma forma, é paradigmático dessa postura o princípio da excepcionalidade, já discutido No tópico 4.4.1 do capítulo anterior. Tal princípio impõe que a aplicação de medidas socioeducativas deve se dar em último caso, quando nenhuma outra alternativa trazida no Estatuto se mostre eficiente para ajudar a guiar o adolescente em situação conflitiva com a lei. É o que se infere da Súmula 492 do STJ: “*O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente*”³⁴⁴. Apesar de, por equiparação ao crime de tráfico de drogas, tal ato infracional ser considerado grave, ainda sim a aplicação de medida socioeducativa vai levar em consideração as circunstâncias do caso. Os sistema lógico-dedutivo aqui, portanto, deliberadamente permite a ambiguidade interpretativa e a pluralidade de situações derivadas da mesma conduta, prejudicando a dedução e abrindo espaço para a argumentação tópica encerrar o conflito social.

Para exemplificar, discute-se a questão da reiteração que justifica a imposição da medida de privação de liberdade trazida no II, art. 122 do ECA³⁴⁵. O STJ, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 217704, tentou solidificar jurisprudência que defendia que a reiteração, a prática repetida de determinada conduta, estaria configurada com a observação de três atos infracionais. Com isso, independente das circunstâncias, o juiz deveria aplicar a medida socioeducativa

³⁴⁴ Súmula 492, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012.

³⁴⁵ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

mais severa. No entanto, o STF manifestou-se em sentido diferente, afirmando a preocupação em determinar as peculiaridades do caso concreto para garantir o melhor interesse.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Habeas Corpus (HC) 124682, invalidou decisão judicial que aplicou medida socioeducativa de internação a um jovem pego com drogas para consumo próprio: *“em se tratando da criminalização do uso de entorpecentes, não se admite imposição ao condenado da pena restritiva de liberdade, nem mesmo em caso de reiteração ou de descumprimento de medidas anteriormente aplicadas”*. Assim, quantas forem as vezes da prática do ato importa menos que as demais circunstâncias da situação.

Tem-se que o cumprimento de medida socioeducativa, especialmente aquela da modalidade internação, não está adstrita a prática de certas condutas ou ao números de vezes que estas se observam. A aplicação dessas ferramentas visa a reeducação do adolescente infrator, de modo que, como família e sociedade falharam com ele, cabe agora ao Estado agir para ressociá-lo³⁴⁶. Ainda sim, o Estado não pode adotar a perspectiva penalista. A internação e as demais medidas socioeducativas tem carácter educacional acima de tudo, como se infere do princípio da incompletude institucional.

A incompletude institucional é um princípio que tem como base a organização política, administrativa e pedagógica da intervenção socioeducativa dos adolescentes submetidos à medidas dessa natureza, permeando desde a apuração do ato infracional ao cumprimento das medidas, como também as redes socioassistenciais³⁴⁷.

O princípio é inferido do SINASE, o Sistema Nacional Socio Educativo, que regulamenta a prática dos pressupostos do Estauto.

Art. 8 Os Planos de Atendimento Socioeducativo deverão, obrigatoriamente, prever ações articuladas nas áreas de educação, saúde, assistência social, cultura, capacitação para o trabalho e esporte, para os adolescentes atendidos, em conformidade com os

³⁴⁶ VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Apuração do Ato Infracional à Luz da Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.

³⁴⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 633.

princípios elencados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁴⁸.

A incompletude institucional é caracterizada, portanto, pela utilização do máximo possível de serviços que a comunidade pode prestar em favor do adolescente, trazendo responsabilidade para as políticas setoriais no planejamento e atendimento. O art. 86 do ECA revela a lógica de um conjunto articulado de ações, evidenciando a importância do caráter sociopedagógico para a eficácia da medida e reinserção do adolescente no meio familiar e comunitário como um cidadão.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios³⁴⁹.

O princípio da incompletude institucional ocupa um lugar privilegiado no contexto da socioeducação, especificamente na atribuição do Estado para suprir as necessidades básicas dos adolescentes submetidos às medidas socioeducativas em meio fechado, em vista da natureza pedagógica e do respeito à singularidade do adolescente em condição peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e social³⁵⁰.

O princípio realça a importância de se criar condições concretas para que o adolescente em conflito com a lei possa ser assistido por um conjunto de políticas que possibilite a transformação de sua realidade pessoal e social. Assim, é responsabilidade do Estado inserir esse adolescente, ainda que sua liberdade esteja cerceada, no meio social, cultural e do trabalho, de modo a promover a reinserção deste na sociedade de maneira integral³⁵¹. O princípio da incompletude lembra aos atores sociais do direito da criança que as medidas socioeducativas não são penas derivadas do Código Penal. Dessa forma, o adolescente internado terá direito à educação no nível escolar em que se estiver, acesso a práticas

³⁴⁸ Brasil. **SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Lei 12.594 de jan. de 2012. Brasília, DF: 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm> Acesso em 23/07/2017.

³⁴⁹ Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

³⁵⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 633.

³⁵¹ VALENTE, José Jacob, **Estatuto da Criança e do Adolescente – Apuração do Ato Infracional à Luz da Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 28.

esportivas e ainda cursos técnicos profissionalizantes, de acordo com suas capacidades.

Concluindo que, ao contrario do direito penal, vale a compreensão da realidade do adolescente, sua reeducação e devolução à sociedade num convívio saudável, sendo obrigação do Estado oferecer todos os meios possíveis para tal. Não há que parametrizar, mas compreender as circunstâncias para, argumentativamente, determinar se cada adolescente, isoladamente, deve ou não responder por medida socioeducativa privativa de liberdade. Se o caso for de aplicação de referida medida, ainda sim, oferecer um arcabouço de ferramentas de ressocialização, como profissionalização, acesso à educação e práticas esportivas.

Desse modo, desde o tempo de internação para cumprimento de medida socioeducativa, até o tipo específico de medida são incógnitas a serem estipuladas no caso concreto pelo juiz de acordo com as peculiaridades da situação. A preocupação do ECA, de acordo com o melhor interesse desse adolescente em conflito com a lei, é expressar que é responsabilidade do Estado colocar em prática uma política pública protecionista, mesmo que este sujeito esteja em conflito com a norma.

O trabalho do juiz é, portanto, não apenas compreender a norma de forma estática, reconstruindo seu significado de acordo com o contexto, valorizando o problema, ao invés do sistema. Com o juízo derivado da experiência o magistrado tem condições de entender a realidade que é desconhecida do legislador³⁵². Mais uma vez portanto o sistema normativo de natureza dogmática permite, no direito da criança, investigar as circunstâncias para entender as necessidades dos adolescentes em conflito com a lei. Coloca, assim, nas mãos do juiz, e não da norma, o poder de, argumentativamente, decidir os moldes da aplicação a lei. A decisão de uma ação socioeducativa, com isso, está centrada no problema e não na norma, como pressupõe a racionalidade tópica.

5.3 A INEFICÁCIA MATERIAL DA REVELIA NO PROCESSO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E SEU TRATO TÓPICO

³⁵² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 267.

Como sabido, revelia é o termo jurídico usado para indicar o fenômeno da ausência de contestação dos atos narrados pelo opositor. Revelia, assim, é a recusa ou não comparecimento a um procedimento judicial. O termo também indica aquele que comparece a um julgamento, mas que não apresenta sua defesa tempestivamente³⁵³. A revelia é, portanto, a posição do réu no processo, diante de sua inércia, inatividade, ou, como já dito, diante da sua não contestação ou não comparecimento.

Como em ambos os casos deixou intencionalmente de comparecer e apresentar defesa em um processo ao qual foi intimado, sua palavra não será ouvida e as acusações contrárias ao seu interesse, por sua vez, serão. Em primeiro lugar, portanto, caracterizada a revelia, verifica-se o chamado efeito material, que implica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, como se extrai da redação do artigo 344 do Código de Processo Civil³⁵⁴. Devendo o juiz reconhecer como verdadeiros os fatos narrados pelo demandante, na petição inicial, à falta de contrariedade àqueles, não haverá necessidade da produção de quaisquer provas, sempre que, verossímeis, estiverem adequada e juridicamente qualificados pelo autor. Tal circunstância só não ocorrerá se os fatos deduzidos pelo autor da demanda parecerem falsos ou contraditórios entre si.

No entanto, não haverá revelia nas ações de perda ou suspensão do poder familiar por, mais uma vez, tratar do interesse precípua da criança. Uma das regras procedimentais do direito da infância e juventude é a da não incidência dos efeitos materiais da revelia e a necessidade de produção de provas em ações de perda ou suspensão do poder familiar.

A ausência de resposta ao pedido formulado pelo autor gera efeitos materiais e processuais. O efeito material é a presunção de verdade das alegações feitas pelo autor da ação. Esse não sustenta no direito da criança, deve haver, necessariamente, comprovação dos fatos aduzidos na petição inicial, com designação de audiência de instrução e julgamento, em que serão ouvidos os pais ou responsáveis, ainda que não contestem o pedido, com realização de estudo psicossocial por equipe interprofissional³⁵⁵.

³⁵³ DIDIER, Freddie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 748.

³⁵⁴ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

³⁵⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 460.

O procedimento da infância e juventude rompe com os parâmetros do sistema lógico-dedutivo processual para argumentar que, nesta situação especial, a criança depende de tratamento diferenciado para que o seu melhor interesse seja resguardado. Assim, se a regra geral é a presunção de veracidade das alegações acerca dos motivos de perda ou suspensão no poder familiar, apesar de não haver norma expressa nesse sentido, ainda sim os efeitos materiais são afastados no caso desse tipo de ação. Ainda sim deve ser produzido relatório e investigada a situação de fato, estando os pais presentes no processo para contestar referidas alegações ou não.

É o que se atesta na decisão:

(...) ALEGA CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. **AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO E DE ALEGAÇÕES FINAIS QUE NÃO IMPEDIRAM O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO.** (...) REVELIA QUE, ALÉM DE NÃO TER SEUS EFEITOS DECRETADOS, NÃO FOI DETERMINANTES AO DEFERIMENTO DO PLEITO AUTORAL. RECORRENTE QUE SE MOSTROU INAPTA AO EXERCÍCIO DO PODER PARENTAL, NÃO OBSTANTE A INEQUÍVOCA PRESTAÇÃO DE AUXÍLIO EXTERNO, COM A DISPONIBILIZAÇÃO DE UMA RESIDÊNCIA EM BOAS CONDIÇÕES (...) SEM SE PREOCUPAR COM HIGIENE, EDUCAÇÃO E SEGURANÇA DA PROLE (...) **DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR** DE MODO A PROPORCIONAR AOS INFANTES O DIREITO DE CRESCER EM UM AMBIENTE SAUDÁVEL (...) **PRIMAZIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA** (...). (Apelação Cível 0900035-87.2016.8.24.0079 TJ/SC Relator: Desembargador Stanley Braga)

A decisão serve de exemplo para a postura do Judiciário. Diante do *topos* do melhor interesse, é afastado o efeito material da revelia e a investigação é conduzida como se todos os fatos da denúncia fossem contestados, apesar de não ter havido contestação no sentido técnico-jurídico. A liberalidade processual apresenta disparidade com a lógica formal, mas se justifica pelo argumento de que, nesses casos, o mais importante é garantir o melhor para a criança. A decisão é, portanto, mais uma vez, resultante de um argumento, em oposição à dedução, fundamento basilar do sistema lógico-formal.

A ação penal, por sua vez, serve à repressão e prevenção do crime, atentando-se à culpabilidade, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. O desejo do processo penal é absolver ou condenar o acusado. No último caso, inflingindo-lhe um castigo, a

privação liberdade e, ainda, advertindo a toda a sociedade das consequências pedagógicas da prática do crime. Na ação socioeducativa o escopo da jurisdição é outro bem diverso, não há repressão, não há castigo.

Destarte, a prática do ato infracional – fato correspondente a uma figura penal – pelo menor de idade, de acordo com a legislação, é e deve ser vista como uma negação aos direitos fundamentais da criança ou do adolescente, por ação ou omissão. De fato, onde há políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, a aproximação da criança e dos atos ilícitos é diminuída.

Se no processo penal o drama pessoal e condição social do acusado é desimportante para o desfecho final da ação, uma vez citado pessoalmente para tomar conhecimento da acusação e se defender, este não poderá oferecer resistência à aplicação da lei penal, se evadindo ou alterando seu endereço sem informar ao juízo, sob pena de ser considerado foragido, com a expedição de mandado de prisão preventiva. Encontrado ou não, será julgado mesmo sem sua presença física, de acordo com as provas produzidas pela acusação e defesa técnica³⁵⁶.

Já na ação socioeducativa, o objetivo do processo é unicamente apurar onde Poder Público, sociedade e família falharam na obrigação de garantir à criança e ao adolescente seus direitos fundamentais³⁵⁷. E mais do que isso, o que fazer para cessar toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão que venham a neutralizar, total ou parcialmente, o exercício daqueles direitos, muitas vezes ligados à ausência de condição mínima de existência digna, sonogada há gerações em determinadas comunidades carentes.

Como se vê, na ação socioeducativa, o protagonismo não é do ato ilícito, como acontece no processo penal, mas, sim, do próprio adolescente. O magistrado, em sua sentença, como capítulo obrigatório, deverá verificar e atender às necessidades pedagógicas do menor, preferindo-se àquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Para tanto, a tramitação do processo deverá submergir nas dores e aflições do adolescente, debulhando sua vida.

³⁵⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 1065.

³⁵⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 565.

Portanto, a tramitação da ação socioeducativa sem a presença e participação efetiva do menor não tem propósito ou significado, uma mistura de ritos e procedimentos incapaz de produzir efeitos.

A aplicação da medida socioeducativa não pode ser um processo de adivinhação ou suposição do juiz a respeito da condição peculiar do menor. A execução das medidas de meio aberto, assim como das medidas de meio fechado, exigem observância da responsabilidade primária e solidária do poder público, em suas três esferas de governo, na plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes, seguida da responsabilidade parental, de modo que os pais assumam os seus deveres para com seus filhos³⁵⁸.

Por esta razão, não sendo localizada a criança ou o adolescente, o juiz deverá expedir mandado de busca e apreensão, determinando a interrupção do feito até sua efetiva localização. Com isso, o instituto da revelia se torna impraticável nesta seara especializada. Muito antes de causar prejuízo a própria criança ou adolescente, a sua ausência na relação jurídico-processual torna a ação socioeducativa sem propósito.

No que tange ao processo socioeducativo, o ECA estipula que vai tomar emprestado do direito penal. A jurisprudência é construída em torno do argumento que, pelo melhor interesse do adolescente, que é ser reeducado, não punido, o que tange a revelia, no entanto, não será trazido. Não há previsão normativa expressa acerca da exclusão dos efeitos da revelia aqui, como não havia também no processo de suspensão ou perda do poder familiar. A recusa do judiciário de impor os efeitos da revelia, assim, não é um trabalho de inferência derivado da norma, mas produto do argumento construído a partir do princípio do melhor interesse, que convence os juízes da sua necessidade.

A súmula 265 do STJ, em que se elê “*É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.*”, ajuda a fixar essa compreensão. Para a imposição de medida sócio-educativa mais severa é essencial escutar o que a criança tem para dizer. Não se admite, portanto, que a regressão se dê mediante revelia e produza efeito de presunção de veracidade as alegações do Ministério Público.

³⁵⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 562.

Não apenas na situação de possível regressão de medida sócio-educativa o cuidado se aplica, mas os tribunais tem concordado que em qualquer ação de apuração de ato infracional não há que perseguir o procedimento sem a presença do menor infrator. É o que se vê no julgamento do HC 282478 SP – STJ:

O juízo singular julgou procedente a representação aplicando medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, com a reavaliação legal. (...) **decretação da nulidade da decisão que reconheceu a revelia do adolescente ante o não comparecimento a audiência de instrução** e aplicou a medida de internação, uma vez que o ECA não prevê a hipótese de revelia nos processos socioeducativos em razão da condição diferenciada e especial em que se encontra a pessoa em desenvolvimento. Assevera que quando o menor não comparece à audiência de instrução, deveria ser determinada, por analogia à audiência de apresentação, sua condução coercitiva (...) (HC 282478 SP – STJ. DJ 23/05/2015. Relator: ministro Jorge Mussi)

Percebe-se, portanto, que a necessidade do menor infrator participar do processo socioeducativo não deriva da lei, mas da convicção jurisprudencial de que, se se trata de um procedimento que visa seu melhor interesse e não sua punição, assim deve ser.

A racionalidade tópica, como defendida por Viehweg, ensina que o sistema normativo, fundado no axioma e na decisão derivada da dedução, não explica situações como estas que se apresenta no presente capítulo. Da mesma forma, o sistema positivista, como já estabelecido, não pode ser completo, as lacunas invariavelmente surgem e aí a tópica vai agir para saná-las. É o que se observa. Tais decisões derivam, portanto, de um diálogo em que as partes contrárias apresentam seus argumentos para um auditório, o juiz. Do embate retórico um dos argumentos tem mais potencial de sair vencedor por parecer mais razoável. A razoabilidade se mede, dentro deste sistema lógico-dedutivo, pela proximidade com os *topoi*, os valores retirados da própria norma que servem de ponto de partida para referidos argumentos. No caso direito da criança o *topos* é o princípio do melhor interesse, que guia o decididor em momentos em que a dedução não é suficiente para a resolução dos casos concretos e suas peculiaridades.

5.4 A TÓPICA NA EXCEÇÃO DA CONFISSÃO COMO PROVA DE CARÁTER DEFINITIVO NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

A confissão consiste na declaração voluntária em que o indivíduo admite como verdadeiro um ato que lhe é considerado prejudicial, alegado por parte adversa, como estabelecido no CPC³⁵⁹.

A confissão se refere a fatos, não a direitos. Tem o poder com isso, de transformar alegações em fatos incontroversos perante o magistrado. O processo, no entanto, tem seu prosseguimento normal e a confissão será valorada juntamente com as outras provas³⁶⁰.

Com vista à validade da confissão, o regime jurídico penalista impõe a necessidade da presença de requisitos intrínsecos e de requisitos formais. Como requisitos intrínsecos, destacam-se a verossimilhança, que se traduz como a probabilidade de o fato efetivamente ter ocorrido da forma como confessada; a clareza, caracterizada por meio de uma narrativa compreensível e com sentido inequívoco; a persistência, que se revela por meio da repetição dos mesmos aspectos e circunstâncias, sem modificação no relato quanto aos detalhes principais da ação delituosa; e a coincidência entre o relato do confitente e os demais meios de prova angariados ao processo³⁶¹.

Por outro lado, como requisitos formais estão a pessoalidade, devendo a confissão ser realizada pelo próprio indivíduo, não se admitindo seja feita por terceiro, como o defensor; o caráter expresso, pois deve ser reduzida a termo; oferecimento perante o juiz competente; a espontaneidade, impondo-se que seja oferecida sem qualquer coação; e a saúde mental, possibilitando-se o convencimento do juízo de que o relato não está sendo fruto da imaginação ou de alucinações do acusado.

Apesar de não se confundir com a renúncia do direito ou reconhecimento do pedido por parte do confessor, ainda sim ela torna os fatos incontroversos, dando ao juiz a presunção de veracidade das alegações adversas³⁶². Por causa disso, a confissão foi apelidada por muito tempo pela doutrina de “rainha das

³⁵⁹ Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

³⁶⁰ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. Rio de Janeiro: Noeses, 2008, p. 102.

³⁶¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 490.

³⁶² TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. Rio de Janeiro: Noeses, 2008, p. 106.

provas”, pela sua natureza de consolidar os fatos indicando o caminho que a decisão deve seguir.

Apesar de não mais ser essa a perspectiva do processo judicial em relação à confissão, ainda sim ela provoca certa disposição do juízo por se deixar convencer de imediato, prestando menos atenção a produção das demais provas.

No direito da criança o problema se dá especialmente na apuração de ato infracional, em que criança ou adolescente pode vir a confessar o cometimento do ato equiparado a crime. A inteligência derivada do conhecimento prático mostrou aos tribunais que, muitas vezes, tal confissão se dá quando o adolescente praticou o ato em conjunto com adulto. A confissão do menor de idade, guiando o processo para sua culpabilização exclusiva, tira a atenção do juízo para a responsabilidade penal do maior de idade. A criança ou adolescente, portanto, chama para si a culpa através da confissão de atos que verdadeiramente foram praticados por terceiro maior de idade para que este não arque com os custos das punições de ordem penal.

Para evitar esse tipo de prejuízo para a criança o STJ se manifestou através da Súmula 342: *Nos procedimentos para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente*³⁶³.

Desse modo, os tribunais devem cuidar de produzir sentenças que analisem o mérito da questão, preocupando-se muito mais no aproveitamento dos atos processuais e solução da demanda do que com aspectos formais, como a confissão, que, a rigor, seria mais substancial e relevante que as demais³⁶⁴.

A confissão, de acordo com a indicação do STJ, deve ter menos importância que se dá geralmente se trata do melhor interesse direito da criança. Aqui aparece a necessidade de expressar o sentimento compartilhado de maneira pulverizada entre os magistrados: que importa é compreender cada circunstância e para isso, as provas devem ser produzidas; não há que se correr o risco de se deixar convencer por uma confissão se esta for, na verdade, um mecanismo para ludibriar a aplicação da norma penal sobre terceiro maior de idade.

É o que se pratica no Judiciário:

³⁶³ Súmula 342, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 581.

³⁶⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 360.

Hipótese em que, **ante a confissão da prática do ato infracional pelo adolescente na audiência de apresentação, as partes dispensaram a produção de outras provas, o que foi homologado pelo MM. Juiz**, passando-se, então, à instrução e julgamento do processo. - A instrução probatória configura um dos meios pelo qual o paciente poderia exercer seu direito de defesa, o que não ocorreu, sendo que a ampla defesa, como princípio constitucional que é, deve ser exercida no âmbito do devido processo legal. - **Ordem concedida para anular a decisão que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, a fim de que seja procedida prévia instrução probatória, determinando-se que o adolescente aguarde a apuração do ato infracional** que lhe é imputado em liberdade. (HC 32324 RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 11/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 232).

Assim, constrói-se o argumento que, nas apurações de atos infracionais, ao contrário das apurações de crimes no direito penal, a confissão não produz efeitos superiores as demais provas, requerendo-se ainda o cuidado com o contraditório e a ampla produção de provas. Tal diferenciação se fundamenta na confirmação do *topos* do melhor interesse da criança. O peso da confissão é relevado, com isso, quando o processo trabalha em torno de interesse de menor de idade. Isso se justifica não pela norma expressa, mas pelo argumento derivado do referido princípio.

5.5 USO DE PROVAS ILÍCITAS PARA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: UMA ARGUMENTAÇÃO TÓPICA

Como o magistrado não foi espectador dos fatos alegados, precisa de elementos suficientes que direcionem sua compreensão acerca do ocorrido. As provas são, portanto, o conjunto dos elementos que formam a convicção do juiz. O termo se refere tanto a sequência de atos mediante os quais se opera o relato probatório como resultado desse processo; é o processo de determinação dos fatos e também o produto desse processo³⁶⁵.

O teoria processual infere as regras que devem ser seguidas pelos juristas. Desde a enumeração dos meios de prova possíveis de serem utilizados, - testemunhal, documental, pericial etc – até o momento que podem ser produzidas

³⁶⁵ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. Rio de Janeiro: Noeses, 2008, p. 68.

em juízo e a hierarquia axiológica entre elas³⁶⁶. As provas que não obedecem às regras como disciplinado na norma são consideradas provas ilícitas.

Com efeito, entende-se por prova ilícita aquela que viola normas de direito processual ou de direito material. Em breve relato, aquelas que violam normas processuais são as chamadas provas ilegítimas, enquanto as que ferem normas de direito material são denominadas provas ilícitas, semelhante à denominação genérica que lhes dão origem, porém tem sentido estrito.

No caso da prova ilícita, tem-se um mecanismo de assistência para construção da convicção do juiz que rompe com os parâmetros lógicos impostos pelo sistema. A violação aos parâmetros de direito processual impõe restrições derivadas dos excessos das ilicitudes. A prova obtida ilicitamente agride não apenas preceitos processuais, mas constitucionais. O artigo 5º, inciso LVI, da CF diz que *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*³⁶⁷.

Considera-se inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas também, por derivação, as provas decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente:

“Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

O princípio é previsto no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal: *“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”*³⁶⁸.

Contudo, no direito da criança e do adolescente, o *topos*, ou ponto de partida para a construção do debate, é o princípio do melhor interesse, de modo a assegurar a proteção integral. A proteção desse valor rompe com a lógica

³⁶⁶ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. Rio de Janeiro: Noeses, 2008, p. 89.

³⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 05/03/2017.

³⁶⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei 3.869 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 15/12/2018.

sistemática e permite a construção argumentativa de convencimento utilizando os meios que seriam, a rigor, proibidos³⁶⁹.

Para os argumentadores do direito resta o desafio de encontrar o equilíbrio entre a manutenção dos parâmetros tradicionais do sistema lógico-dedutivo e convencer da necessidade da sua desconsideração para a manutenção do melhor interesse da criança. Com isso, a consideração da prova ilícita ganha força argumentativa quando se mostra o único meio de prova possível para determinação dos fatos discutidos em juízo.

Leve-se em consideração o meio processual de prova chamado de interceptação telefônica. A doutrina processual penal sempre diferenciou os termos interceptação telefônica, gravação clandestina ou unilateral e escuta ambiental. A interceptação ocorre quando há intervenção de terceira pessoa sem o conhecimento dos interlocutores. A gravação clandestina ou unilateral ocorre quando um dos interlocutores intervém na gravação do fluxo de comunicação com outra pessoa sem o conhecimento desta. Já a escuta ambiental é a captação de conversa entre dois ou mais interlocutores por terceiro que esteja no mesmo local ou ambiente em que se desenvolve o colóquio³⁷⁰.

Alguns doutrinadores rechaçam a possibilidade de interceptação telefônica em direito de família. A autorização de uma interceptação telefônica para fins civis, ainda mais quando decretada por juízo cível, violaria flagrantemente a lei e a Constituição Federal. A interceptação telefônica envolve direitos fundamentais muito relevantes como intimidade e privacidade, logo, só pode ser admitida em casos excepcionalíssimos, dentro da esfera penal. É o que se infere da letra expressa do art. 5º, XII da Constituição Federal que dispõe na sua parte final: “[...] para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Portanto, no texto da lei, a interceptação telefônica somente poderia ser utilizada para fins criminais.

A interceptação telefônica é uma espécie recorrente de prova que ajuda a demonstrar os fatos, embora muitas vezes é obtida de forma ilícita. No entanto, quando a discussão envolve melhor interesse da criança é possível encontrar nos procedimentos judiciais discussões acerca da sua consideração mesmo com

³⁶⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no direito de família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**. Ano XI, nº 11, pp. 18-19. Ago-set 2009.

³⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

referido vício para concretizar os parâmetros do estatuto. Trata-se de uma argumentação tópica de convencimento em razão de argumentos que assumem o compromisso de proteger o *topos* princípio do melhor interesse.

Assim que na seara do direito das famílias, travam-se grandes embates sobre a utilização de provas ilícitas, principalmente diante dos avanços no campo da informática. A tendência é não admiti-las. A preservação pela intimidade de cada um, da dignidade e do sigilo das comunicações torna as relações familiares imunes ao uso de provas obtidas por meios ilícitos. Mas, ainda que o processo seja um instrumento ético, o que recomenda ponderação na análise da prova ilícita, há que se atentar ao princípio da proporcionalidade, podendo algumas provas ser admitidas, quando relevante para o deslinde da causa e evidenciado como a única maneira de a parte provar sua pretensão. Principalmente nas demandas envolvendo o interesse de crianças e adolescentes seria possível a relativização da proibição constitucional do uso da prova ilícita³⁷¹.

Assim, em casos excepcionais - como nas ações de alimentos, guarda de menores, investigação de paternidade – o entendimento é a admissão da prova ilícita, pois o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite subjugar. Nessa senda, em ações de divórcio e dissolução de união estável, bem como demandas que visam somente interesses de natureza patrimonial, o interesse em pauta, não sobrevalece o interesse à privacidade, afastando, assim, a flexibilização do princípio que veda a prova ilícita.

Se, por um lado, elas não são admitidas, de outro, não há outro meio que permita salvaguardar um direito fundamental de maior relevância, como a utilização dela para comprovação da alienação parental, comprovação de práticas indevidas por parte de um cônjuge, ou até a prática de pedofilia, que resultará em alterações no processo de desenvolvimento psíquico, intelectual, emocional por toda sua vida. Portanto, está formado o argumento que permite o sopesamento de princípios e direitos. Tome-se como exemplo o seguinte julgado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAÍDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA

³⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 73-74.

INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO - I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. **Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava “Lexotan” às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica** entre sua mulher o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, (...) no caso concreto **o marido não podia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade** individual de sua esposa, o direito garantido 439/RJ, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE E HC n.69.912/RS. Min. PERTENCE) - Recurso Ordinário Provido. (RMS 5.352/GO, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO -, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/1996, DJe 15/11/1996).

O citado voto foi omissivo. O interesse dessas crianças carecia ser amparado. O Estado, em sua função jurisdicional deveria buscar um equilíbrio entre o formalismo e a busca pelo melhor interesse das crianças que estavam sendo drogados. Em razão de julgados dessa natureza, a postura doutrinária e jurisprudencial segue tendência em contrário. A proibição da prova ilícita constitui-se, então, de um princípio relativizável, que, em casos excepcionais pode ser violado quando estiver em conflito com interesses de maior relevância, ou com outro direito fundamental constitucionalmente garantido.

Em caso que tratava de crime sexual, a 6ª turma do STJ considerou válida prova produzida por detetive particular, utilizada para fundamentar a condenação do réu. No caso, gravação realizada a pedido da mãe da vítima menor de idade, em telefone de sua residência, foi considerada lícita pelo colegiado em observância do *"poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância"*³⁷². A defesa do réu impetrou HC alegando que o depoimento da vítima se tratava de prova derivada de "escuta clandestina", não podendo ser aceito em juízo. Pedia, portanto, a absolvição do réu, bem como que a gravação fosse considerada ilícita.

Ao analisar a questão, o ministro Rogerio Schietti Cruz, relator do HC, destacou que a CF proíbe as provas obtidas por meios ilícitos, como as que resultam da violação de domicílio, das comunicações e da intimidade, além daquelas conseguidas mediante tortura. Entretanto, apesar de prevalecer a doutrina da exclusão das provas ilícitas, o ministro destacou que a jurisprudência tem construído entendimento que favorece a adoção do princípio da proporcionalidade para assegurar o melhor interesse da criança.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.712.718 AC. Relator; Ministro Félix Fischer.

Esse é o tipo de decisão que se observa mais recentemente, portanto. O desafio da interpretação é achar o seu lugar entre a familiaridade da tradição e a estranheza do novo³⁷³. O direito da criança é evidência que o desafio pode ser concretizado, como no caso em discussão. Tem-se uma argumentação fundamentada em princípios gerais do direito que, por natureza, trazem consigo ambiguidade significativa, de modo a garantir decisões de acordo com o valor considerado razoável por todos: o melhor interesse da criança. Assim, o Judiciário adota a prova tecnicamente ilícita mesmo que signifique abortar momentaneamente o processo dedutivo, indo de oposição à letra da lei, mas com fundamento no valor derivado dela.

Possível considerar a mesma ponderação na quebra ilícita do sigilo bancário pelo impetrante quando o réu alega falta de meios para prover pensão alimentícia. A argumentação é que seria possível relevar proibições para garantia de interesses superiores e que, por sua vez, o interesse da criança é de qualidade superior em razão da construção dos parâmetros da doutrina da proteção integral. Não se defende que a previsão legal da prova ilícita está incorreta, só não é para certas situações específicas. Como exemplifica Gadamer, se chama-se uma pessoa por outro nome o nome não está errado, só é errado para aquele indivíduo³⁷⁴.

Aceitando-se, portanto, o *topos* do melhor interesse o próprio sistema é corrompido com fundamento na argumentação tópica que leva em consideração as especificidades do problema. Dessa forma, o melhor interesse aparece, mais uma vez, como ponto de vista referencial para uma argumentação que permite decisão judicial contrária à dedução do sistema axiomático.

A resolução do problema jurídico tem que ser formulada em termos jurídicos, por meio dos precedentes, os princípios derivados da ordem normativa e a interpretação. Nos **hard cases** mais especialmente, porque deles derivam interpretações opostas, a decisão deve ter o poder de ser universalizada; se comparada qualitativamente com a divergente, deve produzir mais aceitação³⁷⁵. O mecanismo que possibilita a qualidade de ser mais aceitável é o *topos*, o ponto de

³⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997, p. 391.

³⁷⁴ Ibid., p. 531.

³⁷⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Mendes e Marcos Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 1995, 137.

convergência das opiniões da maior parte das pessoas e dos especialistas a partir do qual o argumento foi desenvolvido. Nas decisões judiciais do campo do direito da criança que são problemáticas, as que podem ser resolvidas de mais de uma maneira, o princípio do melhor interesse da criança exerce esse papel. Não apenas é o lugar comum que fundamenta esse tipo de resolução de conflito, como também inspira posicionamentos como o visto aqui, que colidem com a dedução sistemática. É a hipótese que esta tese defende.

5.6 O HOMESCHOOLING E O DEBATE DE RUPTURA DO ENSINO BÁSICO OBRIGATÓRIO

No art. 208 da CF lê-se:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria

Assim, o ensino básico é obrigatório dos 4 aos 17 anos. É, portanto, dever dos pais matricular seus filhos nas escolas públicas ou privadas. O mesmo se infere do art. 55 do ECA³⁷⁶.

No entanto, surge um movimento de famílias que decidem retirar ou nunca colocar seus filhos no ambiente escolar. Tal fenômeno é chamado de *homeschooling* ou educação familiar.

Não há, no entanto, consenso sobre a melhor terminologia. O termo mais preciso seria “instrução dirigida pelos pais”. A preferência pelo referido seria porque “a denominada educação domiciliar (também chamada *homeschooling* e educação familiar desescolarizada) consiste na assunção pelos pais ou responsáveis do efetivo controle sobre os processos instrucionais de crianças ou adolescentes”³⁷⁷. Isto é, os pais, ao retirarem as crianças da escola podem passar a ministrar a educação dos filhos no recôndito do lar. No entanto, também podem, no exercício de sua autonomia, optar por realizar o ensino em parte fora da residência, por exemplo, em cursos ou aulas de matérias específicas, como música e línguas estrangeiras.

³⁷⁶ Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

³⁷⁷ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017, p. 57.

O termo instrução é preferido em relação à educação, apesar de este último ser mais abrangente, enquanto aquele é apenas um dos aspectos da educação, pois indica que os pais decidem direcionar eles mesmos a educação dos filhos. O que se defende com a prática do *homeschooling* é a direção da educação dada pelos pais. O ensino não será necessariamente ministrado por eles, embora seja o mais comum.

Tomando como parâmetro o sistema educacional, com sua metodologia e currículo, existem algumas abordagens possíveis para a educação familiar: a escola em casa e a instrução diferenciada.

A escola em casa (*school-at-home*) consiste em sentido básico na transposição da rotina escolar para a casa; os pais adotam livros didáticos, fazem avaliações e registros³⁷⁸. Ou seja, o que muda fundamentalmente é o ambiente em que a aprendizagem se dá.

A abordagem diferenciada está centrada na criança, pois considera a escolha feita pela criança por determinada área de conhecimento como o melhor meio para o aprendizado. A grande diferença é que não há um currículo fixo. A educação se baseia na crença de que todos são inteligentes a seu próprio modo, seja a inteligência lógico-matemática, linguística, musical, espacial, corporal, interpessoal, naturalista e existencial. Assim, cada criança deve ser encorajado a encontrar e explorar seus pontos fortes.

Nesse sentido, em 2001, foram elencados como motivos para adesão ao *homeschooling*: dar à criança melhor ensino em casa (49%), razões religiosas (38%), ambiente escolar pobre (26%), razões familiares (17%), para desenvolver caráter/moralidade (15%), objeção ao que a escola ensina (12%), escolas não desafiam as crianças (12%), outros problemas com as escolas disponíveis (12%), problemas de comportamento dos estudantes nas escolas (9%), criança com alguma deficiência/necessidade especial (8%)³⁷⁹.

Em razão disso, a maior crítica ao *homeschooling* é que permitiria a retirada da criança de um âmbito de convivência social com seus contrários, colocando ela a mercê de um único ponto de vista. Esse problema fica especialmente latente se se considera que, dentre os motivos dos pais praticarem

³⁷⁸ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília: Monergismo, 2017, p. 61.

³⁷⁹ BARBOSA, Luciane Muniz R. Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola? 2013. 348 f. **Tese (Doutorado)** - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 121-122.

o *homeschooling*, questões religiosas e discordância com currículo escolar de natureza plural são proeminentes.

É evidente que, a depender da situação, a educação domiciliar pode atender às necessidades das crianças de uma forma mais positiva do que a educação escolar, especialmente se a família detém recursos como tempo, conhecimento e disposição para assumir o compromisso.

No entanto, vale enfrentar o argumento que geralmente milita contrariamente à afirmação feita anteriormente. No *homeschooling* a criança será afetada de maneira diferente no que concerne à sua socialização. Tal crença, porém, pode pressupor uma distorção da educação familiar. É que o *homeschooling* não tem a finalidade de isolar as crianças do convívio social e, de fato, nem poderia. Outrossim, deve-se ter mente que a restrição do convívio social não é implicação necessária da educação dirigida pelos pais. O alvo do *homeschooling* passa necessariamente pela socialização das crianças. O implemento da prática não exclui a convivência da criança com outras pessoas e nem com outras crianças. As crianças educadas em casa ainda continuarão a viver em sociedade. A criança estará em contato com a família, família por extensão, os amigos, com os vizinhos etc.

Esse controle absoluto dos pais em torno da socialização das crianças em sistema de *homeschooling* evoca o argumento de que prejudicaria mais que favoreceria a socialização das crianças, afinal, socialização pressupõe ser exposto ao convívio social com todas as suas nuances, não apenas entre iguais. Tal fato é inclusive prejudicial à formação de uma sociedade plural. Assim surge a necessidade de discutir os limites da autonomia da família que possivelmente lutam para conquistar referido direito. Que tipo de currículo deve ser imposto sobre a educação dirigida pela família? Ou a composição do ensino seria inteiramente arbitrada pelos pais?

O princípio do melhor interesse da criança tem assento constitucional, na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Como já discutido, tem amplíssimo diâmetro de incidência, porquanto dirige-se ao legislador, ao administrador público, ao judiciário e aos particulares como orientação na interpretação ou aplicação da norma referente a interesse da criança.

Nesse enfoque, as crianças devem receber tratamento prioritário e de proteção integral. Isso significa, na prática, que uma verdadeira infinidade de ações serão orientadas por esse princípio, construindo uma intrincada rede de argumentações possíveis de acordo com os interesses e circunstâncias peculiares. De forma que defender ou detratar o *homeschooling* é uma questão de perspectiva, embora ambos os argumentos possam ser fundamentados no princípio do melhor interesse.

Foi fundada a Associação Nacional de Ensino Domiciliar – ANED, uma entidade sem fins lucrativos formada por pessoas de todo o Brasil que têm aplicado a educação domiciliar em suas famílias ou que se interessam por essa modalidade. A ANED possui a concepção de que:

Nossos associados estão espalhados por todo o território nacional e fizeram a opção pelo ensino domiciliar por diversos motivos (ideológicos, geográficos, religiosos, profissionais, etc.). Mas o que todos temos em comum é a convicção de que cada pai e mãe possui a responsabilidade de garantir a formação plena de seus filhos enquanto seres humanos, e que essa responsabilidade natural garante o direito de escolher qual tipo de instrução será dada a essas crianças³⁸⁰.

Embora não haja previsão legal, a experiência é compartilhada por ao menos 3.201 famílias no Brasil, segundo mapeamento feito em 2016 pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (Aned). Além disso, existem ao menos 18 famílias com problemas na Justiça por manterem os filhos longe da escola. A legislação prevê o crime de abandono intelectual, com detenção de 15 dias a um mês, para pais que não matriculam os filhos para a escola. Portanto, é comum que a prática seja ocultada pelas famílias.

A questão do *homeschooling* passou a ter, finalmente, um tratamento pacificado no âmbito do Judiciário a partir do final do ano de 2018. Pendia de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário Nº 888.815/RS desde 2015, com repercussão geral reconhecida. Acerca do pano de fundo que envolve o assunto, pontuou o STF: “A *controvérsia envolve, portanto, a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e*

³⁸⁰ Ver o sítio <http://www.aned.org.br>.

adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.”.

Em setembro de 2018, no entanto, o STF julgou o Recurso Extraordinário 888.815/RS e declarou que não é permitido no Brasil o *homeschooling*. Portanto, a decisão deverá ser seguida por juízes de todo o país. Nos votos, os ministros fizeram diversas considerações acerca do sentimento de proteção da criança que envolve a decisão.

O Min. Alexandre de Moraes menciona que, sem uma legislação específica que estabeleça a fiscalização da frequência, é possível haver problemas de evasão escolar. Sem uma regulamentação congressional detalhada, com avaliações pedagógicas e de socialização, pode haver evasão escolar travestida de ensino domiciliar.

Os Ministros Fux e Lewandowski também abordaram o problema da socialização antes mencionado. A instituição regular de ensino dá ao aluno a experimentação necessária para a vida social, construção da tolerância e pode ainda ser um fator de proteção da criança que sofre negligência ou violência em casa. Fux criticou ainda a posição de famílias que, por crenças religiosas, pregam a educação domiciliar. Para ele, tal modalidade de ensino em certas circunstâncias é, na verdade, uma superproteção nociva à criança. Ele disse que o ambiente escolar, com seu programa pedagógico formulado, não afronta em nada a liberdade de crença das crianças.

Com isso, tem-se que a questão do *homeschooling* está com direcionamento ordenado. Dessa forma a interpretação acerca do caso elegeu o argumento vencedor – a impossibilidade do *homeschooling*. De qualquer maneira importante admitir que o STF decidiu ouvir as partes, considerando a possibilidade de contrariar diretamente a orientação do art. 5º da CF e do art. 55 do ECA, se se convesse do melhor interesse da criança.

Pelo sistema lógico-dedutivo a recusa de famílias em matricular crianças na escola está em confronto direto com a norma constitucional e infraconstitucional que expressamente ordena que o façam. Ainda sim, no entanto, o STF entendeu que vale a pena refletir sobre o assunto diante da perspectiva de que o tratamento da criança tem prioridade e seu interesse é primordial. Assim que, mais uma vez, a dedução não se fez na prática e os argumentos são levados em consideração, de

acordo com as circunstâncias do caso, para encerrar esse conflito entre família e Estado.

5.7 A OBRIGATORIEDADE DO ATENDIMENTO MÉDICO À CRIANÇA SOB RESPONSABILIDADE DE TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: A TÓPICA NA RELATIVIZAÇÃO DA LIBERDADE

A seita religiosa testemunhas de Jeová foi fundada na década de 70 do séc. XIX nos Estados Unidos da América. Os seguidores dessa crença não aceitam a transfusão sanguínea porque acreditam que o tratamento é similar ao ato de ingerir sangue e, segundo suas convicções, a Bíblia orienta abster-se de sangue por qualquer via. Assim, as testemunhas de Jeová sustentam que perderiam a vida eterna, pois se tornariam impuras numa transfusão sanguínea³⁸¹.

Da mesma forma, não admitem que ninguém de sua família se submeta à transfusão de sangue, seja em intervenção cirúrgica, seja para salvar alguém em circunstâncias especiais³⁸².

No que tange aos aspectos jurídicos que justifiquem a recusa, superada a fase do chamado paternalismo médico, cada vez mais se atribui relevância a autonomia do indivíduo para decidir sobre tratamentos aos quais quer ou não se submeter. O art. 15 do Código Civil ressalta que ninguém “*pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”³⁸³. Ou seja, quer por razões ligadas às crenças religiosas, quer em virtude da liberdade e da autonomia individuais, pode haver recusa a tratamentos médicos. O consentimento informado constitui fundamento para afastar a responsabilidade civil e penal de profissionais de saúde. Apesar da previsão normativa o Conselho Federal de Medicina ainda sim afirma que, não havendo outro meio de tratamento,

³⁸¹ MATTOS, Jadir de; STÜRMER, Kátia Rejane; COSTA, Joselaine da. Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 6, n. 1/3, p. 131-152, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>>. Acesso em 23 dez. 2018.

³⁸² Ibid.

³⁸³ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 04/01/2019.

o médico, no exercício da sua profissão de preservar a vida, pode realizar o tratamento³⁸⁴.

O problema que se coloca é quando estiver em jogo não a vida de um sujeito adulto, mas de uma criança ou adolescente. Por um lado, deve-se respeitar o consentimento livre e esclarecido dos responsáveis legais pela criança ou adolescente, caso possa exprimir suas preferências. Por outro lado, não se pode deixar de considerar outros valores presentes no ordenamento jurídico, como princípio do melhor interesse, prioridade absoluta e a proteção integral que são, também, dever da sociedade. Então, os médicos devem priorizar a vida da criança e do adolescente? A manifestação de vontade de seus responsáveis ou do próprio menor de idade não deve ser considerada?

A esse respeito vem sendo construída jurisprudência sólida no sentido de entender que a criança, por ter tratamento diferenciado, pressupõe proteção integral efetiva, que significa dizer que, por mais que no sistema lógico-dedutivo sejam seus pais responsáveis por manifestarem sua vontade juridicamente, sua vida prescinde qualquer norma. O atendimento médico deve ser feito, portanto, de acordo com o parâmetro do seu melhor interesse: manter sua vida.

É o que se observa, por exemplo, no caso do HC n. 268.459/SP. A denúncia do Ministério Público relata que, na madrugada do dia 21 de julho de 1993, a uma adolescente foi internada no hospital por apresentar um agravamento de seu estado de saúde em consequência da anemia falciforme. A adolescente de, na época, 13 anos foi submetida a exames clínicos e se constatou uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exigia, com urgência, uma transfusão de sangue.

Esse diagnóstico foi apresentado aos pais da adolescente, que, apesar dos esclarecimentos feitos pelos médicos do hospital, recusaram-se a permitir a transfusão, invocando preceitos religiosos da seita testemunhas de Jeová, da qual são adeptos. Por conseguinte, a criança faleceu.

O Ministério Público apresentou denúncia contra os pais da menor, incursos no crime de homicídio doloso. O juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Vicente recebeu a denúncia e, posteriormente, proferiu sentença de pronúncia

³⁸⁴ Art. 2º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis. CFM. Resolução nº 1.021/80.

para os réus serem submetidos a julgamento pelo tribunal do júri. Os acusados, inconformados, interpuseram recurso, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, negado provimento.

Ao longo de duas décadas sucessivos recursos foram impetrados pelos acusados e o STJ foi instado a se manifestar. A Sexta Turma do STJ não conheceu do *habeas corpus*, mas expediu ordem de ofício para extinguir a ação penal em relação aos acusados. A ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto, compreendeu que não houve fato típico a ensejar o prosseguimento da marcha processual. A ministra explicou não ignorar a existência de manifestação de vontade dos pais, exprimindo sua concepção religiosa, porém o concurso de outras condicionantes valorativas – como o dever jurídico do médico de salvar vidas – afastou a expressão penal de sua conduta, despidendo-a, assim, de tipicidade. Soma-se a esse entendimento o fato de a paciente ser menor de idade.

Segundo a ministra relatora, a ausência de consentimento dos pais não representa óbice à transfusão de sangue. Pelo contrário, o artigo 227 da CF/1988 e o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito a vida e a saúde. Logo, se houvera falha, teria sido dos médicos responsáveis pela internação, que não cumpriram seu dever de salvar a adolescente, por meio do único tratamento de que dispunham.

Nesse sentido, tratando-se de paciente menor de idade, o direito à vida se impõe ao direito à crença religiosa dos pais. Sendo assim, como não prevalece a vontade dos pais, deveriam os médicos responsáveis pelo atendimento da menor intervir para salvar a vida da paciente.

O ministro Rogério Schietti Cruz, por sua vez, defende que, no caso apreciado, o bem “vida” sobrepõe-se ao bem “liberdade religiosa”, com base no princípio da proteção prioritária, absoluta e integral da criança e do adolescente, presente no artigo 227 da CF. Assim, apesar do direito dos pais de manifestarem a vontade e interesse dos filhos, a vida da criança, bem jurídico a ser protegido a qualquer custo, impõe o convencimento pelo argumento derivado do *topos* do melhor interesse.

Portanto, da decisão examinada conclui-se que, em caso de iminente risco de morte, os médicos devem realizar a transfusão de sangue em crianças e adolescentes mesmo contra a vontade dos pais e a despeito da crença religiosa

por eles professada. É dever jurídico dos médicos atenderem crianças mediante transfusão sanguínea mesmo diante da proibição expressa e reiterada dos seus representantes legais.

Da decisão lê-se:

(...) como **inexistem direitos absolutos** em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se **sujeito ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas**. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade religiosamente inspirada, os pacientes. **No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente**, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais), para deliberar sobre os rumos do seu tratamento médico, sobrepairá, **de outro lado, a convicção religiosa** dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. (...) *grifos nossos*

Dos trechos destacados da decisão do referido HC 268.459/SP é possível refletir acerca da característica tópica do julgamento. Na decisão a relatora admite que seu juízo depende de valores, deriva da sobreposição de um bem sobre o outro; a vida *versus* a liberdade religiosa. Tal reflexão permite inferir que a decisão judicial não é um trabalho matemático, não depende da dedução, mas inteiramente dos argumentos a favor de cada valor, que parecem mais razoáveis e por isso tem o poder de convencer o tribunal. No caso da transfusão de sangue em benefício do tratamento de saúde de menores de idade, o *topos* do melhor interesse da criança permite que os magistrados circulem entre esses argumentos e adotem a postura da desconsideração da proibição dos pais ou responsáveis, entendendo que os médicos devem perseguir no referido tratamento.

É o que se observa nos julgados que tratam de problema dessa natureza. Da mesma forma no julgamento da ação de obrigação de fazer 0013577-27.2016.8.26.0635 TJ/SP. Nesse caso, um bebê teve implantado um marca-passo e apresentou sangramento no pós-operatório. Apesar dos cuidados médicos, o quadro evoluiu para anemia. A equipe médica relatou ter tentado, por todos os meios possíveis, conter a doença, tendo restado como última possibilidade de mantê-lo vivo a realização de transplante de sangue.

A família, no entanto, se recusou a autorizar o procedimento por questões religiosas, já que são testemunhas de Jeová e, como tal, entendem que este recurso não é válido. Então, o hospital, na qualidade de terceiro interessado, requereu autorização judicial.

Ao deferir o pedido do hospital, a magistrada ponderou que, embora o direito à liberdade religiosa deva ser respeitado, tal regra deve ser excepcionada quando ele confronta com o direito à primazia absoluta e melhor interesse da criança.

"Se não há vida, não há motivo para a garantia de qualquer outro direito. Ainda mais quando se trata de paciente menor de idade, incapaz de expressar sua própria vontade: neste caso, salvo melhor juízo, **não é dado aos pais escolher entre a vida e a morte de terceiro.**"

Com isso, o direito entende que, usando como referência o melhor interesse da criança, é possível articular dentro do sistema, uma série de formas de resolver conflitos que não necessariamente resultam de uma dedução. Pelo contrário, a decisão judicial que trata do direito da criança é uma inferência produzida do diálogo entre argumentos, do qual um deles sai vencedor por parecer mais razoável que o outro. Assim, como afirma Viehweg, existe tópica no direito.

6 CONCLUSÕES

A proposta de trabalho ao longo desta tese foi no sentido de tratar do pensamento tópico como instrumento que retira a racionalidade jurídica das pretensões de legitimidade que foram sustentadas pelas teorias inseridas dentro dos modelos científicos que adotavam os padrões de uma lógica estritamente formalista, como o fez o positivismo jurídico.

Esta tese apoia-se em Viehweg em razão de acreditar que a tópica é uma via adequada para se trabalhar discussões e problemas jurídicos que possuem natureza dialética, isto é, para operar pragmaticamente com questões que se colocam concretamente, pois que os *topoi* têm o condão de fornecer coerência a um sistema jurídico que não possui nem completude e nem unicidade. Tem ainda a aptidão de atuar com elementos capazes de adequar as normas gerais aos casos particulares, na medida em que um *topos* concede flexibilidade interpretativa ao retirar a compreensão das bases de um formalismo dedutivo rígido.

Assim, defende-se, com Viehweg, que o futuro da filosofia do direito reside na possibilidade de efetivamente orientar-se para o futuro, acentuando a investigação, não restringindo. Como manter a invenção, mas a deixando explicável e examinável? A tópica aspira essa criatividade controlável.

O direito da criança foi o nosso exemplo prático para testar a hipótese e confirmá-la. No último capítulo foram apresentados alguns exemplos de situações práticas com as quais os magistrados se deparam no dia a dia. Essas situações se mostram desafiadoras para a racionalidade apodótica do sistema lógico-dedutivo, pois a aplicação objetiva da norma não é capaz por si só de solucionar o problema da proteção da infância.

É o que se observa ao entender a questão das adoções informais. O sistema normativo através do ECA e da Lei da Adoção impõe como se deve dar o procedimento para extinção de vínculos de parentesco biológico e a criação de um parentesco civil através da sentença de adoção. A dedução impõe, portanto, que diante de caso de adoção à brasileira, por exemplo, o juiz deve anular o registro feito ilicitamente, bem como aplicar a lei penal, visto ser tipificado como crime. O que se percebe na prática é, no entanto, diferente. Como aplicar uma lei que retira uma criança do seu lar e priva da convivência com aqueles que ela reconhece como seus pais? Esse sentimento de injustiça é retratado na doutrina da proteção

integral através do princípio do melhor interesse. O magistrado parte, então, do senso comum, do *topos* do melhor interesse, e, naquela situação concreta, afasta a aplicação da lei, dando ao conflito um encerramento diferente daquele que o sistema antecipava.

Essa decisão é possível através de um processo argumentativo que usa o *topos* do melhor interesse como referência. Tem-se com isso, a corporificação do modelo tópico. Como discutido na primeira parte do trabalho, a racionalidade tópica defendida por Viehweg já pertence a teoria do direito. Ao atuar como instrumento mediador, a tópica dá a coerência que a racionalidade dominante julga que o sistema jurídico possua, antecipando equivocadamente a sua unicidade. Contudo, se esta aposta pela coerência do ordenamento jurídico se dava alicerçada sobre o entendimento de que o sistema jurídico se constituía enquanto uma ordem definida conforme os padrões lógico-dedutivos; agora a coerência é sustentada por se defender a tese de que o pensamento tópico é capaz de adequar as normas para toda e cada situação concreta que emerge, por atribuir flexibilidade aos conteúdos normativos que passam a admitir variações interpretativas e, deste modo, romper com a rigidez da lógica formal. Esta flexibilidade interpretativa, portanto, garante a legitimidade na aplicação das normas. Deste modo, o que a tópica possibilita é uma mera repaginação da tradição, que pode, por meio do pensamento tópico, ser habilitada para situações inovadoras.

Nem Viehweg nem este trabalho propõem uma remodelação da forma de fazer o direito. O que se faz é admitir que o sistema jurídico e sua racionalidade não cumprem as promessas que são feitas na teoria. Referido sistema não pode ser completo porque os problemas sociais não são estáticos. Da mesma forma, a coerência é um desafio quando se propõe a fazer justiça no caso concreto. A solução, portanto, é admitir a flexibilização do discurso judicial, guiar os juristas determinando os pontos de referência para o argumento, confiar no juízo de experiência do magistrado e permitir a pluralidade decisional. É o que descreve Viehweg e sua tópica.

Quando o sistema jurídico de proteção à criança estipula que a aplicação de uma medida sócio-educativa deve se dar não de acordo com o ato infracional, mas de acordo com as circunstâncias que levaram a criança a cometê-lo, percebe-se a influência da tópica. O juiz é convidado a aplicar a racionalidade tópica; ele vai dialogar e sua decisão deriva da sua prudência, não da mera dedução. Assim que

situações semelhantes terão consequências díspares. Da mesma forma quando os efeitos materiais da revelia são afastados no processo que objetiva determinar essa mesma medida sócio-educativa; ou ainda a suspensão ou perda do poder familiar. Os magistrados afastam a aplicação da regra e se permitem utilizar do modo de pensar problemático. Entendem que cada situação tem suas peculiaridades e essas são essenciais para garantir o melhor interesse da criança.

A hermenêutica já foi a adaptação irrestrita do texto à situação que ele discute. O intérprete de hoje, no entanto, deve proceder como lhe parece necessário de acordo com o que a situação apresenta, pois para compreender o texto é preciso compreendê-lo a cada instante e para cada novo caso concreto. A interpretação, assim, não viola o dogma, mas possibilita outra forma de o compreender; o pensamento tópico ajuda a construir essa interpretação. A tópica, portanto, adentra o sistema jurídico por meio da interpretação.

O que se procura estabelecer, contudo, é que dentro da argumentação tópica é possível dar nova expressão a conceitos antigos. A tópica permite, portanto, a modernização da aplicação do sistema. Essa é a proposta do trabalho, defender que a tópica está na criação dos juízos da infância e da juventude, como também na própria estrutura dos documentos legislativos. A capacidade de arrazoar o melhor interesse dentro dos limites do sistema é característica essencial da proteção da criança. Assim que o direito da criança e do adolescente funciona como um retrato da ideia de Viehweg.

Viehweg resgata a análise do estudo do Direito Romano para corroborar suas ideias, como discutido. O usucapião, por exemplo, é produto de sucessão de decisões judiciais que se apresentam coerentes entre si, mas trazem soluções diferentes de acordo com as circunstâncias, acrescentando argumentos e justificativas quando o caso assim requer. Essa coerência não é sistemática, mas problemática, pois adaptada às circunstâncias e caminha além do que a lógica proporcionaria, mas ainda se sustentando nos argumentos anteriores, por isso fundamentada no reconhecimento e na aprovação. O usucapião é assim construído progressivamente por uma série de conceitos que se apropriam de compreensões anteriores e as aprimoram, como explica Viehweg. Não seria esse o mesmo caminho percorrido até chegar à compreensão, por exemplo, de que a prova ilícita pode ser usada quando para determinar os fatos que se sucedem em torno da criança? Tem-se decisões judiciais que pouco a pouco caminham para mudar o

conhecimento em torno da prova ilícita, rejeitando a compreensão anterior, de que seria desconsiderada, em troca de uma nova interpretação fundada no *topos* do melhor interesse: ela pode ser usada, se é o único de defender direito da criança. Não se trata de uma rejeição da norma, mas de uma construção derivada dela que parece razoável se se leva em consideração o ponto de referência do melhor interesse.

Com isso, para responder, no direito da criança, a aporia fundamental “que é justo?” a premissa é que seja respeitado seu melhor interesse. Se a dedução não é suficiente para satisfazer a premissa do melhor interesse rompe-se com dedução e entra então a invenção, a tópica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Mauricio. Retórica analítica como metódica jurídica. In: **Revista Argumenta – UENP Jacarezinho**, nº 18, p. 11-29.

ADEODATO, João Mauricio. Retórica como metódica para estudo do direito. In: **Revista Sequência**, nº 56, p. 55-82, jun. 2008.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la tópica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

AMADO, Garcia. Tópica, derecho y método jurídico. **Cuadernos de filosofía del derecho**, nº 4, 1987, p. 165. Doxa.

AQUINO, Tomás. **Vida e obra**. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC– Livros Técnicos e Científicos, 1981.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Rasconi Libri. São Paulo: Loyola, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

ARISTOTELES. **Tópicos**. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: e possível proteger a Criança? **Revista Virtual de Textos e Contextos**. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006.

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em:

<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b2498574-2cae-4be7-a8ac-9f3b00881837&groupId=10136> Acesso em: 28/02/2017.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Kritik und Vertrauen-Festschif für Peter Scheneider Zum 70 Geburtstag**. Trad. João Maurício Adeodato, 1990.

BARBOSA, Luciane Muniz R. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 348 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BARROS, Nivea Valença. **Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social.** 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005, p. 70.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7ª ed. São Paulo; Saraiva, 2014.

BARTHES, Roland. **A Aventura Semiológica.** Lisboa: Edições 70, 1987.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história.** Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autentica, 2013.

BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana.** Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

Brasil. **Código Civil de 1916.** Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em 13/03/2017.

BRASIL. **Código Criminal de 1890.** Lei nº 16 de dezembro de 1830. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 01/03/2017.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 04/01/2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei 3.869 de 3 de outubro de 1941. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 15/12/2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 5/03/2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 10 de novembro de 1937. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 05/03/2017.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Brasília, DF: Senado Federal, out 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 15/10/2018.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas sobre direito da criança**. Decreto nº 99.710 de 20 de novembro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 20/05/2017.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A** de 12 de outubro de 1927. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm> Acesso em 15/03/2017.

BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 12/01/2017.

Brasil. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 07/01/2017.

BRASIL. **Lei nº 2.040**, de 28 de setembro de 1871. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm> Acesso em 03/03/2017.

Brasil. **SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Lei 12.594 de jan. de 2012. Brasília, DF: 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm> Acesso em 23/07/2017.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. **Verdade judicial e ritualização do processo**. Disponível em: <

http://www.editoramagister.com/doutrina_24325422_VERDADE_JUDICIAL_E_RIT

UALIZACAO DO PROCESSO A FORMA E QUESTAO MENOS RELEVANT E E SUBTERFUGIO PARA CONTORNAR A CLAUSULA DE INDECLINABILIDADE DA JURISDICAÇÃO.aspx> Acesso em 11/05/2017.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Antonio Carlos Gomes. **De menor a cidadão: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil**. Brasília: Editora do Senado, 1993.

Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em <
<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em 15/12/2018.

CURTIUS, E. R. **Literatura europeia e idade média latina**. Brasília: INL, 1979.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 04ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DIDIER, Freddie Jr. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivum, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro-direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1984.

FEITOSA, Enoque. A argumentação jurídica em torno dos chamados casos difíceis. **Revista da Amatra VI**, ano X, nº 29, 2007.

FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009.

FEITOSA, Enoque. **Notas para um diálogo entre tópica e retórica enquanto modelos descritivos**. Artigono prelo apresentado no âmbito do Grupode Pesquisa Marxismo e Direito.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.

FRANK, Jerome. **Courts on trial**: myth and reality in american justice. Princenton: Princenton University Press, 1973.

FREITAS, Lorena de Melo. O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. **Tese de Doutorado** – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petropolis: Vozes, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no direito de família. In: **Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões**. Ano XI, nº 11, pp. 18-19. Ago-set 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

KANT, Immanuel. **Fundamentación para una metafísica de las costumbres**. Trad. Roberto Aramayo. Madrid: Alianza editorial, 2008.

KELSEN, Hans. **Qué es justicia?** Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.

KENNEDY, Duncan. In: Left Legalism. BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (Org.). **La crítica de los derechos em los Critical Legal Sudies**. Trad. Juan Bertomeu. NC: Duke University Press, 2002.

LAFAYE, Jacques. **Por amor al griego**: la nación europea, señorío humanista (siglos XIV – XVII). Mexico D.F.: Fondo de cultura econômica 2005.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Mendes e Marcos Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 1995.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2. ed. São Paulo: Graal, 2002.

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira Correia. **Alienação Parental e sua Síndrome**. 1ª ed. Recife: Bagaço. 2011.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Breves apontamentos sobre o regime da prova no projeto de um novo Código de processo Civil – uma leitura em conformidade com a efetividade e a proporcionalidade. **Revista Síntese de Direito Civile Direito Processual Civil**. Porto Alegre, nº 84, jul-ago 2013, pp. 41 e 42.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O direito à educação domiciliar**. Brasília, DF: Editora Monergismo, 2017.

MATTOS, Jadir de; STÜRMER, Kátia Rejane; COSTA, Joselaine da.

Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita Testemunhas de Jeová. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 6, n. 1/3, p. 131-152, 2005. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>>.

Acesso em 23 dez. 2018.

OLIVEIRA, Thalissa Correa. **Evolucao historica dos direitos da crianca e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Interdisciplinar de Direito, v.13, n. 2, 2016, pp. 339 – 358.

PACHECO, Gustavo. **Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25334-25336-1-PB.pdf>> Acesso em 26/10/2015.

PERELMAN Chaim. **A lógica jurídica: nova retórica**. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaim. **O Império Retórico**. Trad.Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Lisboa: Asa, 1993.

PODEVYN, François. **Síndrome de alienação parental**. In: Associação de pais e Mães Separados. (trad.). 04 abr. 2001. In: Disponível em: <http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>.

RAMOS, Fabio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. **Revista História**. São Paulo: Editora Abril Cultural, vol, XXIV, n. 137, dez., p. 14, 1997.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso e racionalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: O uso dos Filhos como Instrumento de Vingança entre os Pais**. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SANTANA, Yasmin. **Aspectos Relevantes Acerca do Instituto da Filiação**. (Artigo Científico). Jurídico Certo, 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/yasminn-sant-anna/artigos/aspectos-relevantes-acerca-do-instituto-da-filiacao-2768>>.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística e a arte de ter razão**. Trad. Luis Fernando Claros. Madrid; Trotta, 1997.

SENADO FEDERAL. **Adoção: opiniões, dados e ações**. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/adocao-opinioes-dados-e-acoes.aspx>> Acesso em 12/12/2018.

SMITH, Adam. **Conferências sobre retórica e belas-letras** (2ª conferência). Rio de Janeiro: Topbooks, 2008, p. 79.

SOBOTA, K. Não mencione a norma. *In*: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 7. Recife: EDUFPE, 1995, p. 251-273.

Supremo Tribunal de Justiça. **Julgados sobre adoção à brasileira buscam preservar o melhor interesse da criança**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Julgados-sobre-ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a> Acesso em 15/12/2018.

TAVARES, Jose de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvm, 2016.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. Rio de Janeiro: Noeses, 2008.

VALENTE, José Jacob. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Apuração do Ato Infracional à Luz da Jusrisprudência**. São Paulo: Atlas, 2002.

VICO, Giambattista. **Elementos de retórica: el sistema de los estudios de nuestro tempo y principios de oratória**. Trotta: Madrid, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997.