

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

A TENTATIVA DE DERROTABILIDADE DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL POR MEIO DA ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI 3.446

THE ATTEMPT TO DEFEAT THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION THROUGH SUBSTANTIVE ARGUMENTATION: AN ANALYSIS FROM ADI 3.446

EL INTENTO DE DERROTAR LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL MEDIANTE ARGUMENTACIÓN SUSTANTIVA: UN ANÁLISIS BASADO EN ADI 3.446

Jailson Alves Nogueira¹

RESUMO

Contextualização do tema: A Constituição Federal de 1988 inaugurou a Doutrina da Proteção Integral no Brasil, sendo ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual rompeu com a Doutrina Menorista que predominava desde os códigos de menores estigmatizantes de 1927 e 1979. Mas esse rompimento tem se expressado mais do ponto de vista jurídico-formal, fazendo com que a Proteção Integral encontre resistência de alguns setores da sociedade, que relegam a sofisticação jurídico-social dessa doutrina em nome de uma cultura punitivista e segregadora.

Objetivo: Neste artigo, investigamos a tentativa de derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral por meio de argumentos substantivos propalados na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446.

Metodologia: Utilizamos o método de investigação bibliográfico e documental, dialogando com autores que versam sobre as temáticas da derrotabilidade, Doutrina da Proteção Integral e argumentação substantiva, assim como nos remeteremos a documentos normativos, sobretudo à Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446.

Resultados: Portanto, constatamos que a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446 teve o intuito de derrotar, por meio de argumentos substantivos, o princípio da Proteção Integral da Constituição Federal de 1988 e regredir à uma concepção menorista estigmatizante, a qual foi disseminada pelos códigos de menores de 1927 e 1979.

Palavras-chave: ADI 3.446. Argumentação Substantiva. Derrotabilidade. Proteção Integral.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Ciências Sociais e Humanas e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Brasília-DF. Brasil. *E-mail:* jailsonalvesuern@hotmail.com.

ABSTRACT

Contextualization of the theme: The Federal Constitution of 1988 inaugurated the Doctrine of Integral Protection in Brazil, being ratified by the Statute of the Child and Adolescent, which broke with the Minorist Doctrine that had prevailed since the stigmatizing juvenile codes of 1927 and 1979. But this rupture has expressed itself more from a legal-formal point of view, causing Integral Protection to encounter resistance from some sectors of society, which relegate the legal-social sophistication of this doctrine in the name of a punitive and segregating culture.

Objective: In this article, we investigate the attempt to defeat the Integral Protection Doctrine through substantive arguments promoted in the Direct Action of Unconstitutionality 3,446.

Methodology: We used the bibliographic and documentary research method, dialoguing with authors who deal with the themes of defeatability, the Doctrine of Integral Protection and substantive arguments, as well as referring to normative documents, especially the Federal Constitution of 1988, Statute of the Child and the Adolescent and Direct Action of Unconstitutionality 3,446.

Results: Therefore, we found that the Direct Action of Unconstitutionality 3,446 was intended to defeat, through substantive arguments, the principle of Integral Protection of the Federal Constitution of 1988 and regress to a stigmatizing minorist conception, which was disseminated by the codes of minors. from 1927 and 1979.

KEYWORDS: ADI 3.446. Substantive Argumentation. Defeatability. Full Protection.

RESUMEN

Contextualización del tema: La Constitución Federal de 1988 inauguró la Doctrina de la Protección Integral en Brasil, siendo ratificada por el Estatuto del Niño y del Adolescente, que rompió con la Doctrina Minorista que prevaleció desde los códigos estigmatizantes de menores de 1927 y 1979. Pero esa ruptura se ha expresado más desde el punto de vista jurídico-formal, provocando que la Protección Integral encuentre resistencias por parte de algunos sectores de la sociedad, que relegan la sofisticación jurídico-social de esta doctrina en nombre de una cultura punitiva y segregadora.

Objetivo: En este artículo investigamos el intento de derrotar la Doctrina de Protección Integral a través de argumentos de fondo promovidos en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 3.446.

Metodología: Se utilizó el método de investigación bibliográfico y documental, dialogando con autores que tratan los temas de la derrotabilidad, la Doctrina de la Protección Integral y argumentos de fondo, así como referenciando documentos normativos, en especial la Constitución Federal de 1988, Estatuto del Niño. y la Adolescente y Acción Directa de Inconstitucionalidad 3.446.

Resultados: Por lo tanto, encontramos que la Acción Directa de Inconstitucionalidad 3.446 pretendía derrotar, a través de argumentos de fondo, el principio de Protección Integral de la Constitución Federal de 1988 y retroceder a una concepción minorista estigmatizante, que fue difundida por los códigos de menores. de 1927 y 1979.

PALABRAS CLAVE: 3.446 ADI. Argumento Sustantivo. Derrotabilidad. Protección Integral.

INTRODUÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral, inaugurada pela Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, foi um divisor de águas para o direito da criança e do adolescente no Brasil, rompendo com a Doutrina Menorista e estigmatizante propalada pelos códigos de menores de 1927 e 1979. Essa mudança de paradigma ainda sofre resistência por alguns setores da sociedade, o que acaba por colocá-la sob dúvida, tanto do ponto de vista jurídico, quanto social.

Diante disso, neste artigo, temos como objetivo analisar a tentativa de derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral por meio da argumentação substantiva propalada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.446.

Utilizaremos o método bibliográfico e documental, dialogando com autores que discutem derrotabilidade, direito da criança e do adolescente e argumentação substantiva, e com documentos normativos, sobretudo a Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do adolescente (ECA) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.446.

Inicialmente, estudaremos o conceito de derrotabilidade desenvolvido por Hart em sua obra intitulada *The ascription of responsibility and rights*, a qual foi publicada no ano de 1949. Posteriormente, compreendemos como a Doutrina da Proteção Integral, mesmo com previsão na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sofre influência da Doutrina Menorista, carregada de normas estigmatizantes, presentes nos códigos de 1927 e 1979. Por fim, analisaremos a tentativa de derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446, impetrada pelo Partido Social Liberal (PSL).

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE DERROTABILIDADE

O conceito de derrotabilidade foi desenvolvido por Hart² no ensaio intitulado *The ascription of responsibility and rights*, objetivando problematizar a derrota dos conceitos jurídicos. Diante da indeterminação e vagueza dos conceitos jurídicos, Hart entendia que, em situações não previstas pela regra geral, o aplicador da regra poderia derrotá-la por meio de uma exceção implícita. Não se trata de engessamento da regra, mas só é possível criar exceção à regra geral se houver a expressão “a menos que”. Objetivamente falando, derrotabilidade pode ser entendida como a “capacidade de acomodar exceções que não podem ser previstas e enumeradas exaustivamente para todos os casos futuros”³.

Como exemplo de regras que podem ser derrotadas, Hart apresenta uma situação de validação contratual. De acordo com ele, apesar do contrato fazer leis entre as partes e ter todas características de validade, há fatores que podem tornar o conceito de contrato derrotável. Para tanto, é preciso o profissional do direito ter capacidade para encontrar as condicionantes de derrotabilidade de um conceito jurídico⁴.

Quando o aluno souber que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ou seja, pelo menos duas partes, uma oferta por uma, aceitação pela outra, um memorando por escrito em alguns casos e consideração, sua compreensão do conceito jurídico de um contrato ainda é incompleta e permanece assim mesmo que ele tenha aprendido a técnica do advogado para a interpretação dos termos técnicos, mas ainda vagos, “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “consideração”. Pois essas condições, embora necessárias, nem sempre são suficientes e ele ainda precisa aprender o que pode derrotar uma alegação de que existe um contrato válido, mesmo que todas essas condições estejam satisfeitas. Ou seja, o aluno ainda tem que aprender o que pode seguir na palavra “a menos que” que deve acompanhar a declaração dessas condições. Essa característica dos conceitos jurídicos é aquela para a qual nenhuma palavra existe em inglês comum. As palavras “condicional” e “negativo” têm implicações erradas, mas a lei tem uma palavra que com alguma hesitação eu tomo emprestado e estendo: esta é a palavra “revogável” usada

² HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, n. 49, 1948-1949.

³ BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. Trad. Tiago Lopes Mosci. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 102, p. 68, 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

para um bem jurídico em propriedade que está sujeito a rescisão ou "derrota" em várias contingências diferentes, mas permanece intacto se nenhuma dessas contingências amadurecer. Nesse sentido, então, o contrato é um conceito revogável⁵⁶ (Tradução nossa).

Assim, Hart pondera que, apesar do legislador elencar algumas exceções à regra geral elaborada, é impossível prever todo tipo de comportamento que enseja a aplicabilidade das exceções. Desse modo, a limitada capacidade humana não é capaz de prever todas as condutas futuras, pois "se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos [...], poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha". Essa incapacidade se deve a duas desvantagens inerentes à condição humana: "a primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade"⁷.

No mesmo sentido, dialogando com Hart, Carsten Bäcker⁸ expressa que "em resumo, a derrotabilidade das regras se origina da limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras". Portanto, não cabendo as regras gerais nem as exceções elencadas, a alternativa é a derrotabilidade. Em suma,

Em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhum a decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo

⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**, p. 174-175.

⁶ No original: "When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, i.e., at least two parties, an offer by one, acceptance by the other, a memorandum in writing in some cases and consideration, his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete and remains so even if he has learnt the lawyers technique for the interpretation of the technical but still vague terms, "offer," "acceptance," "memorandum," "consideration". For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That is the student has still to learn what can follow on the word "unless" which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words "conditional" and "negative" have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word "defeasible" used of a legal interest in property which is subject to termination or "defeat" in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept". HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**, p. 174-175.

⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**, p. 141.

⁸ BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. p. 67-68.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se com o parcialmente indeterminado ou incompleto⁹.

Assim como a derrota pode ocorrer em situação de um contrato, como vimos anteriormente, bem exemplificado por Hart, também pode emergir de contextos de práticas criminosas envolvendo roubos e homicídios, principalmente quando é cabível levantar dúvidas sobre autoria e/ou materialidade. Por fim, também pode haver a derrotabilidade em situações de direito tributário, quando, por exemplo, a existência de um fato gerador de um tributo é contestada.

O conceito de derrotabilidade foi encarado com certa cautela por Hart, sobretudo após a escrita do ensaio *The ascription of responsibility and rights*. Ele voltou a abordar essa temática no livro "o conceito de direito", mas de forma transversal, sem utilizar expressamente o termo "derrotabilidade", optando por abordar a "textura aberta do direito". Hart pondera que até mesmo a regra geral é passível de uma linguagem indeterminada. Criando-se, assim, uma zona de penumbra. Essa penumbra se caracteriza como um espaço de discricionariedade de atuação do julgador, diferentemente de uma regra legislada, precisa, que não cabe discricionariedade, e deve ser aplicada de acordo com seu núcleo central de significado. Nas palavras dele, "todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas"¹⁰.

Shauer enfrenta essa discussão de regras vagas e normas precisas, fazendo importante distinção entre ambas. Enquanto estas são, comumente, quantificadas, aquelas são imprecisas e geral¹¹.

Regras padrões se mostram importantes na medida em que contribuem para gerenciar a descrição central de um dispositivo. A falta de descrição contribui para que o aplicador da lei sempre esteja correto, desde que atue dentro do vácuo de interpretação proporcionado pela falta de descrição. Isso também acarretará uma multiplicidade de interpretações. Importante observarmos que quando uma regra

⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Imprensa: Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 335, 2001.

¹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**, p. 17.

¹¹ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

expressa termos amplos e vagos, ela não só possibilita que o policial, por exemplo, crie seus parâmetros, mas também o juiz ao interpretar¹².

Ou seja, tanto o intérprete quanto o aplicador têm poderes discricionários. Por outro lado, se houver uma diretiva objetiva, rígida, o poder do aplicador e do intérprete será muito menor. Regras precisas não apenas exigem que os funcionários gastem menos tempo em decisões rotineiras, mas também permitem que os projetistas de ambientes de tomada de decisão empreguem pessoas com menos habilidades ou experiência¹³.

A tomada de decisão de um tribunal, juiz ou agência leva em consideração o contexto atual, não um contexto futuro, que pode ser instável e incerto. Como exemplo, o autor cita o contexto das telecomunicações, com avanços significativos nas últimas décadas. Diante disso, acomodar um futuro que podemos perceber vagamente, na melhor das hipóteses, é um problema recorrente na lei e quase certamente está crescendo. Somamos a isso a flexibilidade que podem ocasionar na interpretação das normas no decorrer do tempo, sobretudo diretivas abertas¹⁴.

Outro ponto trabalhado por Schauer¹⁵ é a opinião jurídica judicial. De acordo com ele, as opiniões judiciais também podem ser fontes de orientação, comando e autoridade e, como tais, são igualmente passíveis de análise, sendo importante observar até que ponto a orientação oferecida por uma opinião judicial mais ou menos se assemelha a uma regra ou padrão. Há quem diga que isso se trata de uma forma do judiciário de legislar, caso a orientação não seja ampla/aberta. O autor deixa claro que não há resposta certa ou errada para saber se os tribunais devem estabelecer regras gerais no processo de decisão de vários casos ou, em vez disso, concentrar-se em produzir a melhor resposta para um caso específico, deixando outros casos para outras ocasiões e outros tomadores de decisão.

O problema é quando a derrotabilidade acaba com a essência da norma-princípio e cria outra regra completamente distinta. Isso não seria outra coisa senão o aplicador legislando. Assim, a mudança na essência ou nos princípios de uma

¹² SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**.

¹³ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**.

¹⁴ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**.

¹⁵ SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

norma deve ser feita pela via do processo legislativo, e não pelo processo judicial. Dialogamos com a ideia de que “dentro de un sistema jurídico puede haber normas derrotables y normas inderrotables”¹⁶.

Apesar de concebermos a derrotabilidade de normas-regras, desde que tenha uma textura aberta, defendemos a inderrotabilidade das normas princípios. Adotamos as definições de que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” Por outro lado, “regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”¹⁷.

Se as regras têm exceção, já que não é possível prever todas as circunstâncias jurídico-social, o mesmo não ocorre com os princípios. Eles não comportam exceções, pois todas as razões contrárias à realização da finalidade de um princípio devem ser consideradas na otimização, à luz de circunstâncias relevantes conhecidas. Desse modo, importante destacarmos que “a razão principal para a derrotabilidade das regras – a incapacidade humana de prever todas as circunstâncias, que leva ao fato de não sabermos tudo – é uma das condições estruturais para a aplicação dos princípios”¹⁸. Portanto, não é possível derrotar princípios.

No momento em que o juiz passa a tomar uma decisão que não tenha previsão normativa ou o direito apresente-se como incompleto ou indeterminado, ele estará utilizando um poder discricionário para criar e aplicar um direito não previsto e não regulados pela regra geral. Tal norma não só confere ao juiz o poder de criar o direito, mas também o restringe no processo de criação¹⁹. Ou seja, a discricionariedade do juiz não é sinônimo de criação e aplicação do direito de forma

¹⁶ BAYON, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. **Isonomía**, México, n. 13, p. 101, 2000. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S14050218200000200087&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros: 2015, p. 87-91.

¹⁸ BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade, p. 72.

¹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

discriminada em casos não contemplados pelo direito, negando a intenção legislativa. Assim,

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos²⁰.

O poder de discricionariedade conferido ao juiz é fortemente criticado por Dworkin. De acordo com ele, ao decidir de forma discricionária, acreditando que sua decisão é a correta, o juiz está, na verdade, utilizando argumentos retóricos para fundamentar a sua decisão discricionária. Nesse sentido, os debates entre juízes e advogados deixam de ser entre regras e princípios e passa a ser sobre o nível de discricionariedade dos juízes, o que pode acabar mitigando a vontade do legislador e, conseqüentemente, a vontade popular, pilar central de um estado democrático de direito. Ele defende que diante de uma indeterminação da norma, devemos recorrer aos princípios²¹.

Não vemos como problema derrotar regras para se adequar ao contexto social, tecnológico, econômico e cultural de determinada época, porém nos preocupamos com o revisionismo legislativo a fim de adequar o sistema jurídico a interesses antagônicos do legislador originário. Importante destacarmos que, muitas vezes, a derrotabilidade de uma norma pode ser provocada pelo legislativo, sob o argumento da inconstitucionalidade. A crítica feita à discricionariedade muito se deve à utilização de argumentos substantivos pelo julgador em detrimento de argumentos institucionais, tema que abordaremos no último tópico deste artigo.

2. A PROTEÇÃO INTEGRAL SOB INTERFERÊNCIA DO MENORISMO

Para entendermos o processo de reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes, é preciso voltarmos ao fim formal da escravidão e o processo de

²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**, p. 336.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

industrialização do país. Como a escravidão não resistiu aos interesses do capitalismo (era necessário produzir e consumir ao mesmo tempo), as famílias escravizadas foram retiradas do modo de produção escravista e inseridas no modo de produção capitalista a qualquer preço. Enquanto o modo de produção escravista era eminentemente rural, o modo de produção capitalista mudou completamente essa concepção, já que era eminentemente urbano. A mudança para os centros urbanos não foi somente do ponto de vista geográfico, mas social, familiar, econômico, cultural e moral.

Sem espaço nas cidades para que essas famílias se alocassem, a escravidão mudou apenas de endereço, saindo da zona rural e passando a viver no espaço urbano. Sem alternativas habitacionais, os ex-escravizados passaram a habitar as periferias das cidades, formando o que denominamos, hoje, de favelas. Os agora "libertos", pelos menos formalmente, dividiam o espaço urbano com as elites, o que não foi bem visto por aqueles que até então era seus senhores/"detentores".

Apesar da mudança na nomenclatura de "escravo" para "trabalhador", poucas mudanças foram observadas na prática. As famílias passaram a trabalhar nas fábricas com jornadas de trabalho exaustivas e degradantes, sem observâncias às normas de saúde e segurança, direcionando a maior parte do seu tempo para o trabalho, o que acabava por comprometer a sua convivência familiar. O distanciamento dos filhos colocou os pais das crianças e adolescentes numa situação delicada: era preciso escolher entre abandonar os filhos em casa ou levá-los para o ambiente inóspito das fábricas. Como a maioria optava por deixar seus filhos em casa sem nenhum suporte familiar, as ruas passaram a ser o destino de crianças e adolescentes das ex-escravizadas.

Rapidamente, as crianças filhas de pessoas escravizadas foram vistas como um problema urbano, não pelo prisma da desigualdade social, segregação racial, mas sim pelo viés estético. Crianças e adolescentes negros eram considerados "sujeira urbana". Isso acabou por repercutir nas tomadas de decisões dos governantes, emergindo as instituições religiosas como solução para a retiradas desses sujeitos das ruas das cidades.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

Diante disso, o Estado, por meio das Santas Casas de Misericórdia, criou a Roda dos Expostos, objetivando a institucionalização de crianças abandonadas por sua família²². Porém, essas instituições não apresentaram resultados satisfatórios (número elevado de mortalidade infantil), e logo as Rodas dos Expostos foram fortemente criticadas pela comunidade jurídica e pelo movimento higienista que surgira no final do século XVIII e início do XIX²³.

Em 1927, com aprovação do Código de Mello Matos, as Rodas dos Expostos foram extintas formalmente, mas se mantiveram atuando até meados do século XX²⁴. O código de 1927 estava fincado em valores morais, os quais rotulavam e estigmatizavam crianças em vulnerabilidades de acordo com categorias sociojurídicas estabelecidas sem nenhum critério de reconhecimento humano. Crianças e adolescente eram categorizadas como “marginais”, “delinquentes”, “desvalidos” e “desumanos”. Esse período ficou conhecido como a Doutrina Menorista, em virtude da subalternização dos sujeitos pobres. A subalternização de crianças e adolescentes nesse período também é vista por Alexander de Castro e Isabela Furlan Rigolin como a criminalização da pobreza²⁵.

Assim, crianças e adolescentes da periferia, pobres, descendentes de pessoas escravizadas, eram tachadas como um perigo social, sendo o aumento de práticas criminosas logo imputado a esse segmento vulnerável. Ao serem presos, era utilizado argumentos substantivos em detrimento de argumentos institucionais. O que estava em jogo não era uma infração legal, mas um rompimento de normas de etiqueta e de higiene dos centros urbanos impostas pelas classes dominantes da época.

²² RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

²³ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais** – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 243p. – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5). Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99635>. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁴ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**.

²⁵ CASTRO, Alexander de; RIGOLIN, Isbela Furlan. O sistema penal subterrâneo no trato aos “menores” durante o regime militar brasileiro: breve história da violação sistemática de direitos da infância e adolescência no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022, p. 15. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. Acesso em: 31 ago. 2022.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

A sociedade passou a cobrar políticas públicas no sentido de diminuir o índice de crianças e adolescentes abandonados²⁶. Apesar desse contexto de abandono, o Estado continuava a difundir a imagem de que esses sujeitos eram o futuro da nação brasileira, mas, na prática, continuava a resistir às mudanças estruturais que possibilitassem a concretização dos seus direitos. O Estado insistiu na tentativa de controlar crianças, adolescentes e suas famílias para impor e manter o modo de produção capitalista que fora implantado no país²⁷.

O Código de 1927, fincado em valores éticos e morais, caducou, não sendo capaz de solucionar os problemas da infância e adolescência. A extinção do código de 1927 pressionou o Estado a encerrar as atividades dos Institutos Disciplinares, os quais eram vistos como uma das principais (não significa que era a melhor) políticas estatais para a infância. O principal objetivo desses institutos era disciplinar crianças e adolescentes²⁸ que não se enquadrassem nas exigências morais, éticas e sociais da época, tais como autores de atos ilícitos ou quem estivesse em situação de abandono familiar.

Assim, o que definia a institucionalização de crianças e adolescentes não era um fato jurídico ilícito, por exemplo, mas a condição social desses sujeitos, os quais passaram a ser nomeados como “menores delinquentes”. O resultado dessa ampla conceituação e discricionariedade dos juízes foi que os institutos disciplinares rapidamente atingiram e excederam a sua lotação. Ou seja, “em poucos anos, este sistema saturou-se, pois não chegou a dar conta da demanda que ele próprio criou”. Portanto, “os juízes não conseguiam internar todos os casos que chegavam às suas mãos, a despeito de não recusarem a internação de crianças retiradas das ruas”²⁹.

Esse cenário de crise na área da infância e juventude pressionou o Estado a buscar alternativas. A partir dessa pressão, foi criado o Serviço de Atendimento ao Menor

²⁶ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.

²⁷ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro; Editora Universitária Santa Úrsula; 1997.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987 fala em disciplinar e controlar corpos.

²⁹ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente, p. 30.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

(SAM), objetivando assistir os “menores³⁰” e “desvalidos”. As alternativas criadas pelo Estado eram, em regra, pela via da repressão e estigmatização dos sujeitos pobres. Como bem ponderam Lima e Veronese “criaram uma categoria jurídica, discriminadora e estigmatizante para definir quais crianças e adolescentes seriam as amparadas por essa nova normativa, as que estivessem em ‘situação irregular’³¹. Desse modo, foi criado o embrião da categoria “Menor em Situação Irregular”.

Emergiam cobranças para que se rompesse com esse formato assistencialista. Diante desse contexto, em 1964, ano que eclodiu o golpe civil-militar, o Estado brasileiro criou um “novo” modelo de gestão de crianças e adolescentes, que obedecia à mesma disciplinarização de corpos adotada pelos códigos de menores de 1927 e 1979, que foi a Política do Bem-Estar do Menor (PNBEM). Com isso, extinguiu o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM) e instituiu a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM).

Como se tratava de uma política nacional, logo foi capilarizada para os estados, com a criação das Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEM), as quais potencializaram a estigmatização de adolescentes que cometiam atos infracionais. Ainda hoje predomina na sociedade a falsa sensação de que os centros socioeducativos são as “novas FEBEMs”. Pode até ser do ponto de vista prático, pois, apesar da inexistência formal do menorismo, ainda há comportamentos em instituições estatais similares aos Institutos Disciplinares que eram regidos sob o prisma da Doutrina Menorista dos Códigos de Menores.

Enquanto o cenário internacional caminhava para defender e garantir os direitos de crianças e adolescentes, o Brasil não acompanhou essa mudança, mesmo sendo signatária de direitos humanos e da Declaração dos Direitos da Criança (1959). Sob pressão internacional, o Brasil passou a reconhecer esses documentos normativos, mas não passando de uma mudança meramente formal, não se

³⁰ A expressão “menor” ganhou um sentido tão pejorativo no campo do direito da criança e do adolescente que não a encontramos em legislações aprovadas após a Constituição de Federal de 1988, apesar de observarmos em algumas decisões judiciais.

³¹ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais, p. 42.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

materializando socialmente³², notadamente na vida de quem mais precisava que eram os que ainda tinham impregnado as marcas da escravidão.

Foi nesse contexto de pressão internacional que começaram a discutir a possibilidade de criação de um instrumento normativo de proteção para crianças e adolescentes no Brasil. Como resultado, foi aprovado, em 1979, o Código de Menores, o qual adotou a Doutrina da Situação Irregular “que, não muito diferente da concepção vigente no antigo Código de 1927, expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza”³³.

Ao legalizar a Doutrina da Situação Irregular, o “novo” código, na sua essência, não trouxe aspectos jurídicos relevantes. Pelo contrário, continuou atrelado às práticas antiquadas de coisificação de crianças e adolescentes propaladas pelo Código de Mello Mattos (1927). Assim, o código de 1979 surgiu mais como uma “prestação” de conta com o cenário internacional do que uma tentativa de mudança de paradigma dos direitos das crianças e adolescentes.

O código de 1979 ruiu com o advento da Constituição Federal de 1988³⁴, a qual inaugurou a Doutrina da Proteção Integral (art. 227). Essa doutrina se caracteriza como um marco, pois passa a expressar que crianças e adolescentes devem ser vistos como sujeitos de direitos e deveres, com absoluta prioridade no seu processo de efetivação de direitos. Rompe com a concepção de objetos de intervenção, passando a responsabilidade de garantias de direitos e deveres para a família, sociedade e Estado, sendo ratificada pelo Estatuto da criança e do adolescente, em 1990³⁵.

Não se trata de uma medida desleal ou de ignorância por parte da sociedade associar crianças e adolescentes pobres à violência e à marginalização, pois mesmo com a inauguração da Doutrina da Proteção Integral prevista na

³² LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.

³³ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente, p. 41.

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

constituição de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, as práticas sociais continuam atreladas ao passado segregador.

Vemos a Doutrina da Proteção Integral como um princípio que rompeu com os ideários segregacionista e estigmatizante da legislação menorista, passando a nortear os direitos da criança e do adolescente em contexto do constitucionalismo democrático no país.

A Constituição de 1988 rompeu com uma visão ultrapassada e autoritária, inaugurando um novo momento para a história democrática do país, não sendo diferente na área da infância e juventude. A concepção deturpada de adolescência, ficada em argumentos substantivos, sobretudo morais e sociais, deu lugar, pelo menos constitucionalmente (formal), a uma nova concepção de criança e adolescência, com prioridade absoluta e proteção integral.

Além da constituição prevendo os direitos de crianças e adolescentes, 1990 foi aprovada a Lei 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁶. Importante destacarmos que esse segmento da sociedade não era visto como sujeitos de direitos e deveres, mas como objetos de intervenção³⁷. Intervenção essa que era justificada em valores morais e socioeconômicos.

Mesmo com a previsão constitucional e legal, a Doutrina da Proteção Integral está longe de ter ampla aceitação social. Assim como no período de vigência da Doutrina Menorista, crianças e adolescentes pobres e periféricas que encontrarem em vulnerabilidade social e familiar, logo são erroneamente responsabilizados pelo aumento da criminalidade do país. Assim, quando não buscamos a efetivação de direitos desses indivíduos pelo Estado, família e sociedade, abrimos espaço para que crianças e adolescentes sejam marginalizados pela sua condição socioeconômica.

³⁶ BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

³⁷ OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; NOGUEIRA, Jailson Alves. O intrincamento entre os códigos jurídicos do estado de direito e das facções criminosas. **Meritum** – Belo Horizonte – v. 14 – n. 1 – p. 413-428 – Jan./Jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6592/pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

No próximo tópico, veremos como a argumentação fincada em valores morais, sociais, econômicos, potencializa a tentativa de derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral, mais especificamente a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446.

3. ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA COMO FUNDAMENTO DA ADI 3.446

Neste tópico, compreenderemos como a difusão de argumentos substantivos contribuem para o processo de derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral, prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, os quais dispõem que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

Inicialmente, antes de adentrarmos na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446, importante compreendermos os conceitos de argumentação substantiva e argumentação institucional.

Há dois tipos de argumentação: a argumentação prática e a argumentação teórica. O argumento teórico busca chegar a conclusões teóricas, almejando entender como um acontecimento ocorreu, ocorre ou ocorrerá. Já a argumentação prática subdivide-se em argumentação institucional e a argumentação substantiva³⁸. Neste artigo, não aprofundaremos na argumentação teórica. Direcionaremos nossa análise à argumentação prática, abordando tanto a substantiva quanto a institucional.

A argumentação substantiva se caracteriza por ser livre, com opiniões baseadas em questões morais, sociais, econômicas, culturais, políticas. Esse tipo de argumentação é bastante utilizado por pessoas como jornalistas, filósofos morais, cientista político que não necessariamente são obrigadas a fundamentar suas opiniões fincadas em critérios de racionalidade³⁹. Podemos acrescentar a essa lista de argumentadores substantivistas os políticos populistas, os quais acabam por

³⁸ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: PUC Editora/Contraponto, 2016.

³⁹ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

emitir opiniões generalizantes, muitas vezes em virtude da sua limitação técnica argumentativa.

Aqueles que defendem prisão perpétua, pena de morte e tortura de infratores, por exemplo, está argumentando substantivamente, afirmando que a criminalidade é um mal social e deve ser combatida com esses instrumentos, independentemente de estarem dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade.

Já a argumentação institucional busca fugir de questões morais, políticas, sociais, econômicas, etc. Ela se caracteriza por ser mais burocrática, engessada e artificial, sem se vincular ao conceito substantivo de justo, democrático. Em regra, quem argumenta institucionalmente faz parte de um grupo que domina as regras e procedimentos estabelecidos, como, por exemplo, os profissionais do direito⁴⁰.

Argumentar institucionalmente não significa que os profissionais do direito abandonem argumentos substantivos, mas deve ser predominantemente institucional. Também, não quer dizer que a tese institucional representa, piamente, a transparência e sinceridade dos discursos dos profissionais do direito. Ou seja, "argumentar institucionalmente é apelar para regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas publicamente"⁴¹.

A tese institucional não elimina a ocorrência de ativismo judicial, pelo contrário, os tribunais que mais são movidos por natureza política não abandonam a argumentação institucional. Mas é importante observarmos que "só é ativista (no sentido polêmico que nos interessa aqui) o juiz que dá prioridade a suas convicções substantivas, em detrimento das regras e procedimentos jurídicos"⁴².

Importante destacarmos três pontos da tese institucional: o primeiro é que essa tese é descritiva, prescrevendo que profissionais do direito se distancie de argumentos morais, políticos, econômicos, sociais, etc. para fundamentar suas decisões. O segundo ponto mencionado por essa tese é que os profissionais do direito devem argumentar, predominantemente, de forma institucional. Desse

⁴⁰ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**.

⁴¹ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**.

⁴² SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 42.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

modo, cabe mencionarmos que “quando os juízes recorrem a argumentos substantivos, eles normalmente o fazem com o objetivo de corroborar argumentos institucionais já formulados”⁴³. O terceiro ponto de destaque é que a tese institucional não diz nada a respeito da transparência e sinceridade dos profissionais do direito que argumentam institucionalmente. Ou seja, quem argumenta institucionalmente “pode apelar publicamente para regras e procedimentos consagrados com o objetivo íntimo de promover ideais substantivos ou até mesmo interesses pessoais obscuros”⁴⁴.

Por fim, é fundamental termos em mente que a definição do argumento institucional de um profissional do direito não depende de um silogismo, mas de outros fatores que cercam o seu argumento. O não entendimento do contexto do seu argumento torna impossível a identificação do tipo de argumento utilizado, se é o institucional ou o substantivo. Um problema que emerge desses dois tipos de argumentação é quando a argumentação substantiva passa a substituir a argumentação institucional sem margem para tal.

Podemos visualizar a predominância da argumentação substantiva em detrimento da argumentação institucional a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.446, a qual foi impetrada pelo Partido Social Liberal (PSL), no ano de 2005. O que a ação buscava era, via argumentação substantiva, a derrotabilidade de uma regra legal ao pedir a inconstitucionalidade artigos 16, I; 105; 122, II e III; 136, I; 138 e 230 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), reinserindo, assim, a partir de valores morais, e de forma velada, a Doutrina Menorista, presente nos códigos de 1927 e 1979. A “nova” categoria menorista a ser criada se denominaria “crianças carentes”. Para tanto, o partido político alegava que: “as crianças carentes, ainda que integrantes deste quadro dantesco e desumano, não mais poderão ser recolhidas pois adquiriram o direito de permanecer na sarjeta”⁴⁵

A argumentação substantiva do requerente, pretendendo a derrotabilidade da Doutrina da Proteção Integral, expressa-se, também, quando argumenta que

⁴³ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 40.

⁴⁴ SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**, p. 41.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF. Brasília/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446 Distrito Federal**. Brasília, 2019, p. 2.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

“crianças praticam sucessivos atos infracionais graves, e, em consequência, são apreendidas e encaminhadas dezenas de vezes aos Conselhos Tutelares”. Ainda, o partido defende que a legislação não dispunha de respostas adequadas às infrações cometida por crianças: “levadas aos abrigos, que são instituições abertas e transitórias (ECA, art. 92 e 101) – verdadeiras casas de mãe Joana – entram e saem no mesmo dia ou no dia seguinte”⁴⁶.

Aqui, cabe mencionarmos que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 112, expressa que a depender do ato infracional praticado, a autoridade competente poderá aplicar medida de “I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”⁴⁷.

Esse tipo de argumentação utilizado pelo requerente foi fortemente rebatido pelo ministro relator Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento da ADI 3.446:

Nesse ponto, o requerente não apenas se furtou em trazer aos autos dados empíricos que comprovassem suas alegações, como também parece ignorar a condição especial das crianças menores de 12 (doze) anos de idade sob o ponto de vista jurídico e psicológico, propondo inclusive a internação compulsória e em regime fechado⁴⁸.

De acordo com a ação, o ECA incentivava que crianças e adolescentes permanecessem nas ruas, dormindo em calçadas, vendendo drogas, praticando atos análogos a furtos e roubos. Além disso, a ADI também almejava a proibição de crianças irem, virem, estarem em logradouros públicos e espaços comunitários. O que se buscava, com isso, era uma espécie de higienização social, prática comum no século XX⁴⁹.

Assim como as categorias “menor”, “delinquente”, “criminoso” e qualquer outra com viés estigmatizante, a categoria “crianças carentes”, defendida pelo partido

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF, p. 17.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF, 2019, p. 18.

⁴⁹ FONTELES NETO, Francisco Linhares. A criminologia e a polícia na transição do século XIX para o XX. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. v. 8, n. 3, 2016. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/111>. Acesso em: 25 set. 2021.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

requerente da demanda, também tinha fundamentos da Doutrina Menorista dos códigos de 1927 e 1979, as quais não foram recepcionadas pela constituição de 1988.

Em suma, o objetivo do partido político de inserir a expressão “crianças carentes” no Estatuto da Criança e do Adolescente não encontra margem em nenhum dispositivo constitucional ou legal, “a menos que” derrotem a Doutrina da Proteção Integral, que a nosso ver não cabe por se tratar de uma norma-princípio. Como bem ponderou o Ministro Edson Fachin, em seu voto na ADI 3.446, quando se trata de direito da criança e do adolescente, é vedado o retrocesso⁵⁰.

O sentido de uma regra só pode ser sofrer alguma interferência se em seu corpo estiver contido uma expressão que denote exceção, como no caso da locução “a menos que”⁵¹. Reiteramos que não é isso que observamos no artigo 227 da constituição federal de 1988, nem qualquer outra locução similar na legislação atual dos direito de crianças e adolescentes. Vemos, sim, o sentido inverso, ao expressar que “é dever da família, da sociedade e do Estado [...]”⁵². Como bem fundamentou o ministro Luiz Fux, em antecipação ao seu voto na ADI 3.446: “esse caso, a pretexto de proteger, ele desprotege”⁵³.

A derrota de uma norma não pode ser vista como algo comum. Caso contrário, estaríamos entrando em um terreno movediço em que seria necessário explicar como uma norma pode permanecer intacta e disponível para ser aplicada mesmo após ser superada e derrotada⁵⁴. Essa ideia cabe para o intuito da ADI 3.446. Como defender a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente se a sua essência, o núcleo da norma, que é a Proteção Integral dos sujeitos, foi derrotado? Como a Doutrina da Proteção Integral não se trata de uma regra constitucional e legal, mas de um princípio, não é possível, portanto, derrotá-la, como vimos no primeiro tópico deste trabalho.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF.

⁵¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**, p. 171-194.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF, p. 2.

⁵⁴ D`ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lawandowski defende a não derrotabilidade do princípio da proteção integral ao afirmar que a corte tem a obrigação de preservar tal paradigma, previsto na constituição de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e em tratados internacionais que o Brasil é signatário. E arremata: “a leitura sistemática da Carta Magna não dá espaço a dúvidas: ainda que o ECA fosse declarado inconstitucional em sua totalidade, não se toleraria a prisão para averiguação ou perambulação dos jovens”⁵⁵.

Conforme o relator, Ministro Gilmar Mendes, “o pedido formulado nesta ação busca eliminar completamente o direito de liberdade dos menores, o núcleo essencial, indo além dos limites imanentes ou “limites dos limites”⁵⁶. A não derrotabilidade da Doutrina/princípio da Proteção Integral foi ratificada, por unanimidade de votos no julgamento da ação em plenário do Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2019. Assim sendo, é possível constatarmos que a ADI 3.446 teve uma nítida tentativa de derrotar a Doutrina da Proteção Integral por meio de argumentos substantivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, os direitos de crianças e adolescentes sofrem ataques, sobretudo de grupos que insistem em continuar com paradigmas ultrapassados, focados em doutrina estigmatizante como a praticada pelo código de 1927 e pelo código de 1979, marginalizando, assim, a Doutrina da Proteção Integral, prevista pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Tivemos como objetivo central, neste artigo, investigarmos, a partir do método de investigação bibliográfico e documental, a tentativa de derrotabilidade do princípio da proteção integral pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446, fundamentando-se em argumentos substantivos.

Inicialmente, estudamos o conceito de derrotabilidade de uma norma, o qual consiste em acomodar exceções, caso se trate de uma norma regra, possibilitou-nos concluirmos que em se tratando de uma norma princípio, como o princípio da

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF, p. 6.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF, p. 10.

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

proteção integral, prevista constitucional e legalmente, não cabe a sua derrotabilidade.

Posteriormente, compreendemos que a Doutrina da Proteção Integral ainda sofre influência de comportamentos substantivos e estigmatizantes fundamentados na Doutrina da Menorista propalada pelos códigos de 1927 e 1979. Apesar do menorismo não estar presente na nossa legislação, é comum presenciarmos ataques às crianças e adolescentes, pois insistem em não conceberem como sujeitos de direitos e deveres, mas na ultrapassada concepção de objetos de intervenção.

Por fim, ao analisarmos a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446, impetrada pelo Partido Social Liberal (PSL), foi possível concluirmos que ela representa uma tentativa de derrotabilidade do princípio da proteção integral por meio de argumentação substantiva, ficada em valores morais, uma nítida tentativa de reimplantar a Doutrina Menorista, o que foi reconhecido no julgamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros: 2015.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. Trad. Tiago Lopes Mosci. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/127>. Acesso em: 18 out. 2021.

BAYON, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico.

Isonomía, México, n. 13, p. 87-117, out. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n13/1405-0218-is-13-00087.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 3446/DF. Brasília/DF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.446 Distrito Federal**. Brasília, 2019.

CASTRO, Alexander de; RIGOLIN, Isbela Furlan. O sistema penal subterrâneo no trato aos “menores” durante o regime militar brasileiro: breve história da violação sistemática de direitos da infância e adolescência no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022, p. 6-36. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. Acesso em: 31 ago. 2022.

D`ALMEIDA, Luís Duarte. **Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FONTELES NETO, Francisco Linhares. A criminologia e a polícia na transição do século XIX para o XX. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**.

Vol. 8 - No. 3 - Setembro a Dezembro (2016). Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/111>. Acesso em: 25 set. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Imprensa: Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**. Proceedings of the Aristotelian Society, n. 49, p. 171-194, 1948-1949.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais** – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. 243p. – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 5). Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/99635>. Acesso em: 13 out. 2021.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; NOGUEIRA, Jailson Alves. O intrincamento entre os códigos jurídicos do estado de direito e das facções

NOGUEIRA, Jailson Alves Nogueira. A tentativa de derrotabilidade da doutrina da proteção integral por meio da argumentação substantiva: uma análise a partir da ADI 3.446. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, vº 17, nº 2, 2º quadrimestre de 2022. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/10.14210/rdp.v17n2.p456-479>

criminosas. **Meritum** – Belo Horizonte – v. 14 – n. 1 – p. 413-428 – Jan./Jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6592/pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Partido Social Liberal questiona dispositivo do ECA. **Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64479>. Acesso em 14 out. 2021.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. Rio de Janeiro; Editora Universitária Santa Úrsula; 1997.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: PUC Editora/Contraponto, 2016.