GUSTAVO HENRIQUE CAMPOS SOUZA

A EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE POR MEIO DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2018

GUSTAVO HENRIQUE CAMPOS SOUZA

A EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE POR MEIO DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob orientação do Professor Associado Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Souza, Gustavo Henrique Campos
A efetivação do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família/Gustavo Henrique Campos Souza; orientador Gustavo Ferraz de Campos Monaco -- São Paulo, 2018
142 f.
Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Adoção Internacional. 2. Convenção sobre os Direitos da Criança. 3. Efetividade. 4. Guarda Internacional. 5. Subtração Internacional. I. Monaco, Gustavo Ferraz de Campos, oriente. II. Título.

Nome: SOUZA, Gustavo Henrique Campos

Título: A efetivação do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof (a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

A meus pais, Olegário e Maria Amélia, pelo incentivo, dedicação, companheirismo e com paciência incentivaram-me a não perder a esperança e o não desistir dos sonhos de vida.

A meu irmão, Eduardo Luís (in memoriam), mesmo ausente, está sempre presente na lembrança.

AGRADECIMENTOS

Agradecer nem sempre é fácil, posto que podemos ser traídos pela memória e esquecer alguém que na construção da pesquisa a fez tornar-se possível, porém tentarei.

A Deus por ensinar que fomos “criados a Sua imagem e semelhança”, por isso devemos ter gratidão para com Ele por fazermos parte deste universo.

Ao meu orientador, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, por transmitir os conhecimentos e tornar o trabalho possível, orientando-me e confiando em mim.

Aos professores do curso de pós-graduação da Universidade de São Paulo, pelos ensinamentos e trocas de experiências.

Aos colegas de caminhada, por dividir anseios e expectativas de se fazer algo em contribuição para a melhoria da sociedade brasileira.

Aos meus avós, tios e tias, primos e primas que sempre estiveram presentes nos momentos alegres e tristes, auxiliando no compreender dos obstáculos da vida.

Aos membros da banca de qualificação, Nina Ranieri e Cláudia Perrone-Moisés, pelas sugestões e experiências acrescentadas para o enriquecimento desta pesquisa.

À Ilda Cordeiro que sempre ficou na “torcida” pelo meu crescimento e ajudou-me junto a meus pais a ver a vida com o olhar da fé.

Aos colegas de trabalho, que me apoiaram para que o término da pesquisa fosse concretizado.

Família é uma escolha nossa de modo livre e engrandecedor quando os laços do amor se fazem presentes. Eles não deixam que hajam abandonos, esquecimentos, distâncias, ressentimentos. E ainda, por meio desses laços, se chega ao respeito, ao carinho, à compreensão que o ser humano é a mais bela criação.

Maria A. da S. Campos Souza

RESUMO

SOUZA, G. H. C. *A efetivação do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família*. 2018. 142 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O princípio do melhor interesse da criança, entendido como um guia hermenêutico central, permitiu consolidar mudanças no paradigma dos direitos da criança de maneira a universalizá-los não somente em documentos internacionais, mas também em incentivar a promoção de meios efetivos e específicos para a realização desses direitos. A flexibilidade e permeabilidade desse princípio permite uma interpretação conjunta – e necessária – há alguns outros direitos, como o direito de participação da criança, que encontra um propício campo de aplicação no direito internacional privado da família. Nesse aspecto, a presente pesquisa teve como objetivo analisar a efetivação do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família, a partir da ampla ratificação da Convenção sobre os direitos da criança. Para tanto, essa pesquisa se utilizou do método histórico-dialético e do método indutivo. Após analisar temas como a subtração internacional, a adoção internacional e a guarda internacional, essa pesquisa não vislumbrou, qualquer cenário de participação da criança no direito internacional privado da família que não considere o princípio do melhor interesse. A análise da participação da criança além da contida no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança se fez necessária para compreender sua conexão ao princípio do melhor interesse da criança; bem como, na visão desse autor, entender seu requisito de validade nos procedimentos do direito internacional privado da família e a importância na sua efetivação. Por fim, essa pesquisa concluiu que a efetivação e efetividade do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família não se vincula ao caráter procedimental da participação, e sim ao seu caráter substancial, que age para implementar as interpretações relacionadas ao conceito do melhor interesse nos Estados.

Palavras-chave: Adoção internacional. Convenção sobre os Direitos da Criança. Efetividade. Guarda internacional de crianças. Subtração internacional de crianças.

ABSTRACT

SOUZA, G. H. C. *The realization of the best interest through the mechanisms of child participation in private international family law*. 2018. 140 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The best interest of the child principle, understood as a central hermeneutical guide, has allowed to consolidate changes in the paradigm of the rights of the child universalizing them not only in international documents, but also encouraging the promotion of effective and specific means for conducting these rights. The flexibility and permeability of this principle allows a joint - and necessary - interpretation with some other rights, such as the right child participation, which finds a suitable field of application in private international family law. In this aspect, this research aims to analyze the effectiveness of the best interest through the mechanisms of child participation in private international family law, based on the broad ratification of the Convention on the Rights of the Child. For that, this research was based on the historical-dialectical and the inductive methods. After analyzing topics such as international child abduction, international child adoption and international child custody, this research did not envisage any scenario of child's participation in the private international family law that does not consider the best interest principle. The analysis of child participation beyond Article 12 of the Convention on the Rights of the Child was necessary to understand its connection with the best interests of the child principle; as well as, in the view of this author, to understand it as a validity requirement in the procedures of private international family law and the importance in its effectiveness. Finally, this research concluded that the effectiveness of the best interests of the child principle through the mechanisms of child participation in private international family law is not related to the procedural nature of participation, but to its substantial character, which acts to implement the interpretations related to the concept of the best interest in the States.

Keywords: International adoption. Convention on the Rights of the Child. Effectiveness. International child custody. International child abduction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA 14

CAPÍTULO 2 – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA 24

CAPÍTULO 3 – A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA ENTRE PROCEDIMENTO E SUBSTÂNCIA 55

3.1 Da Natureza e do Escopo da Participação 56

3.2 A Participação e sua implementação pelos Estados 66

CAPÍTULO 4 – A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA 81

4.1 Subtração Internacional 87

4.2 Adoção internacional 102

4.3 Guarda Internacional 115

CONCLUSÕES 125

REFERÊNCIAS 130

INTRODUÇÃO

A compreensão da infância e da criança varia, de acordo com o tempo, local e sociedade. Das populares construções ocidentais da infância, a identificarem psicologicamente cada uma das características etárias, modo de tratamento e atitudes esperadas, a criança hoje é encarada como um ser autônomo e sujeito de direitos. Isso implicou em mudanças paradigmáticas no sistema de proteção e promoção dos direitos da criança, a se iniciar com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e, mais tardiamente, a Convenção sobre os direitos da criança de 1989.

Com isso, o princípio do melhor interesse foi alçado como um valor central no que diz respeito aos direitos da criança. Seu conceito deliberadamente indefinido permite a flexibilidade necessária para se fazer presente em áreas como o direito internacional privado da família. Ainda, traz consigo outros direitos, relacionados à adoção, à participação, ao direito de convivência familiar, dentre outros.

É a partir do melhor interesse que os Estados elaboram as políticas estatais de proteção e promoção dos direitos da criança, com sistemas judicias e administrativos no qual a criança passa a ser o centro do processo de decisão, devendo ter oportunidades de uma participação substancial e procedimento, quebrando com a visão assistencialista de outrora.

Para Hart, a participação seria não apenas um direito em si mesmo, mas um meio vital para a consolidação dos outros direitos da criança, impulsionando o desenvolver de novos esforços e métodos por parte da comunidade internacional[1].

Não bastam simples comparações entre possibilidade de aplicação da já muito estudada teoria da participação dos adultos às crianças; ou ainda a classificação das formas de participação da criança de maneira a falsamente hierarquizá-las. E sim em buscar definir parâmetros que permitam a efetivação e análise crítica dos mecanismos de participação diante das diferentes figuras do direito internacional privado da família, como forma de efetivação do princípio do melhor interesse.

Do exposto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a efetivação do melhor interesse por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família, a partir da ampla ratificação da Convenção sobre os direitos da criança,

---

[1] HART, Jason. Children's Participation and International Development: Attending to the Political. *International Journal of Children's Rights,* 16, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 407-418.

propulsora nas mudanças de concepção e no novo paradigma fomentador da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente[2].

Assim, essa pesquisa pretende pesquisar criticamente as teorias da participação da criança, na busca de um conteúdo plenamente aplicável ao direito internacional privado da família. Se buscará ainda analisar a natureza, escopo e implementação da participação e da Convenção pelos Estados-parte. Por fim, serão verificados os mecanismos de participação da criança em institutos de direito internacional privado da família e a efetivação do melhor interesse.

Para isso, este trabalho foi organizado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo analisou, de forma breve, o princípio do melhor interesse, traçando conceitos e objetivos específicos, bem como analisando a sua presença na Convenção sobre os Direitos da Criança, a partir de interpretação do artigo 3º da Convenção. Por sua vez, o segundo capítulo analisou a participação a partir da concepção contida no artigo 12º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989. Na busca de expandir a concepção sobre o tema, foram analisadas as concepções da participação e as teorias da participação das crianças, tomando como base teórica os estudos de Hart e Lansdown, sendo feito o seu estudo crítico. Em seguida, buscou-se formular um conceito sobre participação para os procedimentos e processos do direito de família internacional, a permear, em geral, todas as outras análises.

No capítulo terceiro, se analisou a implementação da Convenção pelos Estados, tendo como paradoxo o estudo de Jean Koh Peters. Em seguida, se analisou a natureza e o escopo da participação, como prevista no artigo 12; as premissas necessárias para a sua implementação; e, enfim, os entraves à implementação prática da participação.

No quarto capítulo, se analisou os mecanismos de participação no direito internacional privado, subdividindo-os em temas como o da subtração internacional, da adoção internacional e da guarda internacional. O método a ser utilizado nesse capítulo será o de demonstrar a aplicação da participação no direito de família, e analisá-lo nas Convenções de Direito Internacional Privado relacionadas ao tema, identificando os mecanismos de participação e a sua inter-relação com a efetivação do princípio do melhor interesse.

Por fim, essa pesquisa se utilizou da seguinte metodologia: *(i)* método histórico-dialético – revisão da doutrina dedicada ao Direito Internacional Privado, Direito de Família

---

[2] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410.

Internacional, Participação e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos; *(ii)* método indutivo – partindo das análises específicas anteriores, pretende-se sustentar uma posição com vistas a melhor compreender o tema e eventualmente sugerir alterações.

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Em todas as Convenções a serem analisadas nessa pesquisa há um ponto em comum: o princípio do melhor interesse da criança. Já considerado como apenas uma captura emocional da intenção da Convenção sobre os Direitos da Criança, sem maiores conclusões sobre o seu real papel ou os princípios dele derivados[3]; e hoje como peça essencial esse princípio pauta qualquer discussão que envolva a promoção e proteção dos direitos da criança.

Iniciar o desenvolvimento dessa pesquisa pela análise do melhor interesse da criança, parece ao autor o início lógico da análise sobre os mecanismos de participação da criança no direito internacional da família. Assim, esse breve capítulo procurará, de início, conceituar o princípio do melhor interesse da criança. Diante da sua insuficiência, voltar-se-á a análise para a Convenção sobre os Direitos da Criança e motivos que levaram o princípio a ser inserido ali.

Biocca conceitua o melhor interesse da criança como um conjunto de bens necessários ao desenvolvimento integral e à proteção da criança em um determinado momento, em certa circunstância, considerado seu caso particular[4]. É ele, o princípio, fruto da consciência generalizada por parte da comunidade internacional, que buscou posicionar o melhor interesse da criança como *overwhelming paramount principle*[5] e que permitiu consolidar as mudanças no paradigma e universalizar a sua proteção.

Monaco, por sua vez, em sua obra sobre a Proteção da Criança no Cenário Internacional, ao analisar os direitos de alcance homogêneo relacionados à criança, parte do pressuposto de denominar o princípio do melhor interesse como o princípio da dignidade da pessoa humana aplicada às crianças[6], estabelecendo dois pontos de vista para entendê-lo. Primeiramente, sob o ponto de vista objetivo, o princípio do melhor interesse deve ser

---

[3] CANTWELL, Nigel. The Best Interests of the Child in Intercountry Adoption, *Innocenti Insight*, Florence: UNICEF Office of Research, 2014.

[4] BIOCCA, Stella M. *Derecho internacional privado:* un nuevo enfoque. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 2004.

[5] BENNET, Margareth H. *Judicial and administrative co-operation in family law matters:* co-operation in child abduction and similar cases. Address at the Hagues's anniversary international law conference presented by T.M.C. Asser Instituut, 4th July, 1998.

[6] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Proteção da Criança no Cenário Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

concebido como um dos princípios primordiais na definição das políticas públicas do Estado, mas não como o princípio primordial[7].

Já sobre o ponto de vista subjetivo, o princípio configura-se ora como uma prescrição dirigida ao Estado-legislador, que dele deve se valer nas atividades legislativas, zelando para que a lei preveja a melhor consequência para a criança, diante das possibilidades que se apresentarão[8]; ora como uma prescrição ao Estado-Juiz[9], que nas atividades hermenêuticas que lhes são competentes, deve sempre aplicá-las de acordo com as necessidades reais da criança. E, por fim, como uma prescrição dirigida ao Estado-administrador[10], na elaboração, implementação e execução de políticas públicas que tendam à efetiva aplicação do princípio.

Ainda pode-se dizer, de maneira a complementar tão acertada visão, que o princípio do melhor interesse é um princípio com prescrições dirigidas à sociedade internacional, que força os agentes a entender o princípio como um guia hermenêutico central, de onde todas as expressões convencionais e de cooperação internacionais sobre os direitos da criança se originam, visando à propagação de meios efetivos e específicos, de realização do mesmo.

No Brasil, o princípio do melhor interesse vem como ápice de uma evolução em relação à promoção e proteção dos direitos da criança, saindo de um diploma aplicado apenas em menores que se encontravam em situação irregular, o Código de Menores – Lei n. 6697/1979, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, sancionado pela Lei n. 8.069/1990.

O ECA, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, altera o paradigma das crianças e adolescentes no Brasil, agora sujeitos de direito e passíveis de proteção e assistência, cujo princípio do melhor interesse é posto como princípio norteador de todas as políticas públicas voltadas à proteção da criança e do adolescente, em seu artigo 4°, pelo qual é dever de toda a comunidade efetivar uma série de direitos da criança, com prioridade.

Ainda, alguns civilistas consideram, a partir de inferência do artigo 6º do ECA, que o princípio do melhor interesse é um princípio interpretativo, e, portanto, qualquer viés hermenêutico envolvendo a criança deve ser dado. Para Heloisa Helena Barboza, o melhor interesse deve ser considerado como uma cláusula genérica traduzida nos direitos fundamentais constitucionais das crianças e adolescentes[11].

---

[7] MONACO, op. cit, 2005, p. 181.
[8] Ibid., p. 181-182.
[9] Ibid., p. 182.
[10] Ibid., p. 183.
[11] BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 835-840.

Muito embora a breve análise ora feita consiga trazer elementos chaves na definição do princípio, ela é, por si só, insuficiente. Isso porque, a conceituação do princípio do melhor interesse não culmina em uma investigação neutra, que terá como conclusão uma resposta objetiva e universal, e sim porque envolve pré-conceitos pessoais, daqueles que se julgam competentes para conceituá-lo. E sim em um conceito indeterminado.

Maria Clara Sottomayor observa que, muito embora o conceito de melhor interesse seja vago, elástico, seu núcleo conceitual deve ser preenchido por valorações objetivas, atreladas à estabilidade de condições de vida, às relações afetivas e ao ambiente físico e social da criança[12], isto é, critérios objetivos devem ser observados quando a autoridade judicial ou administrativa está a decidir sobre o que seria o melhor interesse da criança no caso concreto.

Nas palavras de Mertus, sequer existe tratado ou convenção que liste objetivamente a definição do que seja o melhor interesse da criança[13], muito menos um conjunto de critérios para determinar que essa definição, ainda que ambígua, tenha sido cumprida[14]. Poder-se-ia pugnar pela necessidade de uma conceituação constitucional. Todavia, essa se demonstra uma opção a compactuar com o ultrapassado conceito de soberania estatocêntrica[15] e retira um dos grandes destaques desse princípio, sua maleabilidade para ser aplicável em uma infinidade de casos a envolver a criança. Dessa forma, se considera que qualquer análise voltada ao princípio do melhor interesse das crianças, partiria, enfim, do âmbito dos Direitos Humanos.

Há, sim um consenso geral de que a proteção e promoção dos direitos da criança deve ser guiada pelo seu melhor interesse, fundada não somente nas evidências de que o melhor interesse deve ser cumprido em procedimentos de subtração internacional, por exemplo; mas também na concepção que está firmemente ancorado no direito internacional dos direitos humanos, uma consideração paradigmática a ser refletida na legislação dos países e em

---

[12] SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. In. *Direito e Justiça.* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, 2002, p. 191-214.

[13] Há, quando se fala no critério norteador da Convenção sobre os Direitos da Criança, do melhor interesse da criança, certa divergência envolvendo sua nomenclatura e significado. A versão francesa utiliza o termo *l'intérêt superior de l'enfant,* enquanto que a versão espanhola utiliza a expressão *interés superior del niño.* A versão brasileira, por sua vez, adotou a expressão de interesse maior da criança, um critério quantitativo, que é refutado pela doutrina, que passou a adotar a expressão de melhor interesse da criança, o que é compartilhado no âmbito da presente pesquisa.

[14] MERTUS, Jennifer. *Barriers, Hurdles, and Discrimination*: The Current Status of LGBT Intercountry Adoption and Why Changes Must Be Made to Effectuate the Best Interests of the Child. Columbus: Capital University Law Review, 2011, v. 39. Disponível em: <http://bit.ly/Jy5jhv>. Acesso em: 04 de jun. 2015.

[15] MORGENTHAU, Hans Joachim. *A política entre as nações:* a luta pelo poder e pela paz. Brasília: Ed. UnB, 2003.

documentos internacionais. Esse consenso esbarra, contudo, na indefinição de como o melhor interesse da criança será decidido, na falta de parâmetros internacionais e objetivos a especificar esse critério[16].

A Convenção sobre os direitos da Criança traz em seu artigo 3º as previsões relativas ao melhor interesse, determinando que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança[17].

Nesse aspecto, todos os Estados-parte da Convenção se comprometeriam a assegurar à criança a proteção e o cuidado necessários ao seu bem-estar, bem como promover todas as reformas necessárias a assegurar a implementação desse. Ademais, o conceito do melhor interesse também quando considerado junto a outros dispositivos da Convenção, impõe aos Estados-parte obrigações e considerar os interesses da criança no processo decisório, em especial do direito de família. Esses são os casos de separação dos pais, no artigo 9º; de adoção, no artigo 21; ou privação do ambiente familiar, no artigo 20.

No entanto, ainda que o artigo 3º, subparágrafo 1º da Convenção sobre os direitos da criança de 1989, estabeleça o caráter primordial do melhor interesse e seja interpretado conjuntamente com outros dispositivos, como o artigo 12 sobre o direito da criança de ser ouvida, somente em 2013 que o Comentário Geral Nº 14[18] foi publicado pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, com o fim de estabelecer critérios de como o melhor interesse seria levado em conta como interesse primordial.

O Comentário deixa claro de que a concepção do melhor interesse da criança visa a garantir que os direitos contidos na Convenção, não hierárquicos, sejam garantidos em sua totalidade, bem como seja garantido o desenvolvimento holístico da criança. Tanto é que o Comitê observa que o juízo de valor dado pelos adultos não deve ser superior aos direitos e opiniões da criança, e sim de que se deve buscar a *rights-based approach*, engajando todos os atores envolvidos.

---

[16] A falta de parâmetros justifica, por exemplo, a dificuldade que o autor dessa pesquisa teve em encontrar doutrina sistematizada sobre o melhor interesse e os direitos da criança, o que deve ser registrado.

[17] BRASIL. *Decreto n. 99.719 de 21 de novembro de 1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 19 ago. 2017.

[18] Committee on the rights of the child, 2013. General Comment Nº 14, The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. Disponível em: < http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=em>. Acesso em: 22 out 2017.

O melhor interesse seria, enfim, dividido em três conceitos: como direito substantivo; como um princípio legal interpretativo e fundamental; e como uma regra de procedimento.

Primeiramente, como um direito substantivo, é traduzido como o direito da criança de ter o seu melhor interesse avaliados e tomados como uma decisão primária quando diferentes direitos estão sendo considerados para se chegar à decisão de seu interesse e que pode ser diretamente aplicável (*self-executing)*[19] perante autoridades judiciárias e administrativas dos Estados-parte da Convenção sobre os direitos da criança.

Segundo, como um princípio legal interpretativo e fundamental, isto é, nos casos em que a provisão legal permite mais de uma interpretação, a interpretação que mais efetivamente aplique o melhor interesse da criança será considerada, levando em consideração sempre a Convenção e todos os direitos nela contidos.

E, por fim, como uma regra de procedimento, por meio do qual sempre que uma decisão afetar uma criança, individualmente ou em grupo, esse processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (negativo ou positivo) no melhor interesse, levando Estados a explicar o que foi considerado como melhor interesse, critérios e como a participação da criança foi considerada.

Esses três conceitos permitem conceber o melhor interesse da criança de fato como uma obrigação dos Estados-parte, de que o melhor interesse seja apropriadamente integrado e consistentemente considerado em todas as ações pelas autoridades e que terão impacto direto ou indireto nas crianças[20]; de que esse princípio seja, efetivamente, reiteradamente e de maneira justificada a consideração primária nas políticas e leis sobre as crianças[21]; e, por fim, de que o melhor interesse seja uma consideração primária também pela sociedade civil como parte da concepção holística de proteção e promoção dos direitos da criança.

Tanto é importante essa concepção que o Comitê estabelece parâmetros mínimos e de validade a serem considerados para a eficácia do melhor interesse, quais sejam a natureza universal, indivisível e interdependente dos direitos da criança; o reconhecimento da criança como sujeitos de direito; o alcance quase universal da Convenção sobre os Direitos da Criança e as obrigações dos Estados-parte de respeitarem, protegerem e promoverem os direitos nela contidos[22]; e, como se verá em capítulos posteriores, as ações de curto, médio

---

[19] General Comment Nº 14, op. cit., p. 2.
[20] General Comment Nº 14, op. cit., p. 3.
[21] Ibid., p. 3.
[22] General Comment Nº 14, p. 3-4.

e longo prazo a serem tomadas pelo Estado em todos os seus poderes a garantir o desenvolvimento e participação da criança.

O Comentário segue a analisar o melhor interesse e seus significados legais, bem como, sempre voltados ao fato de que é uma consideração primária e está intimamente conectado com outros princípios e direitos da Convenção, como o do artigo 12. Sua importância vem para sanar o lapso temporal – e normativo – de indefinição sobre o que e como aplicar o princípio do melhor interesse da criança e, como aborda Cantwell, proporciona certa flexibilidade de aplicação[23] e adequação ao caso individual, necessário na análise.

Cantwell[24] justifica que os resultados advindos de tamanha flexibilidade no conceito do melhor interesse da criança, podem representar uma inconsistência e experiências de casos reais, *hit-and-miss*, fazendo com que crianças sejam um tipo de experiência a determinar a extensão e definição do melhor interesse, isto é, ações que antes eram tidas como positivas e justificadas pelo melhor interesse, hoje possuem conotação negativa, condenadas pelo ponto de vista de promoção e promoção dos direitos humanos.

Um exemplo trazido pelo autor está nas 150.000 adoções forçadas ocorridas na Austrália entre meados dos anos 40 até o início dos anos 80, sob a justificativa de que crianças nascidas em núcleos familiares com *low moral standard* deveriam ser adotados por candidatos inférteis de melhor condição social, de maneira a assegurar que o melhor interesse da criança estivesse sendo observado[25]. A política hoje é inaceitável, pois desconsidera direitos humanos fundamentais da criança de convivência familiar, bem como o direito de ser informada no processo de adoção e de ser ouvida nesses procedimentos, todos advindos do melhor interesse.

Outro exemplo se encontra na migração forçada de 150.000 crianças do Reino Unido para países como Canadá, Austrália, Nova Zelândia e outros países da Commonwealth, na tentativa de atribuir um aspecto filantrópico, de privá-las do abandono em instituições britânicas e de protegê-las dos problemas encontrados no seio familiar, como a prostituição ou dependência química.

Há aqui, sem sombra de dúvidas, uma semelhança com os casos de subtração e adoção internacional ocorridos nos anos 80, por meio do qual crianças eram retiradas dos

---

[23] CANTWELL, op. cit., p. 6.
[24] Ibid.
[25] Australian Senate, References Committee (2012). 'Commonwealth contribution to former forced adoption policies and practices'. Commonwealth of Australia: Canberra. apud. CANTWELL, op. cit., p. 7-8.

seus países de residência habitual, sob uma justificativa falha e que não considerava o seu melhor interesse, ficando esses pais sob a impunidade ou a criança sujeita ao não-retorno ao seu país de residência habitual.

Considerando o desenvolvimento dos direitos humanos no plano internacional, nada parece, hoje, justificar esses atos. O princípio do melhor interesse está presente nos documentos internacionais de proteção e promoção dos direitos da criança, fruto, para Cantwell, da abordagem protecionista e de solidariedade perante as crianças; e não da consideração de que eram agora sujeitos de direito[26], e de fato conexas com o conceito de melhor interesse.

Hoje, a aplicação do princípio do melhor interesse contrasta, em muito, à sua origem, em que era utilizado para compensar a inexistência de direitos da criança. Determinar o melhor interesse da criança implica, necessariamente, em decidir, diante do caso concreto, qual dos direitos envolvidos é o mais benéfico à criança, levando em consideração, por exemplo, sua participação e documentos nacionais e internacionais. E não apenas na necessidade de um conceito simplificado e constitucionalizado.

O conceito paternalista e protecionista de outrora é obsoleto com o advento da narrativa do direito internacional dos direitos humanos, ou ainda incompatível com outros direitos[27] protegidos em tratados, convenções e cartas constitucionais. Isso justifica, para Cantwell, toda a preocupação – e necessidade, na visão do autor dessa pesquisa – de garantir o uso preciso e universal do melhor interesse no conceito de proteção e promoção dos direitos da criança, partindo de uma análise relativa aos direitos humanos e, em capítulos posteriores, ao direito internacional privado.

Sobre os direitos humanos, se parte de entender a motivação pelo qual o melhor interesse foi forjado no âmbito da Convenção sobre os Direitos da Criança. A delegação polonesa, responsável por submeter, ainda em 1979, a primeira versão da Convenção de 1989, dois princípios lidavam com o melhor interesse da criança, o princípio 2, pelo qual a criança deveria ter proteção especial, oportunidades, dentre outros e que o seu melhor interesse deveria ser uma consideração primária[28]; e o princípio 7, por meio do qual o melhor

---

[26] CANTWELL, op. cit., p. 9.
[27] Ibid., p. 13.
[28] Principle 2: The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, **the best interests of the child shall be the paramount consideration**.

interesse da criança seria um princípio guia para todos aqueles responsáveis pela educação da criança[29].

Aqui se observa que a base para o artigo 3º, subparágrafo 1º da Convenção de 1989 já estava traçado e quando comparado com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, abrangia o melhor interesse da criança para além da legislação, e sim como um princípio que – de fato – seria considerado por todas as autoridades administrativas e judiciárias, bem como pelos pais, em todos os aspectos versando sobre o direito da criança.

O texto final da Convenção adota uma abordagem de consideração primordial do princípio do melhor interesse em todas as esferas relativas à vida da criança, diferentemente da proposta de 1978, em que fora proposta uma lista exaustiva de áreas.

Cantwell observa que muito embora esses pontos tenham se modificado na versão final da Convenção, não houve no grupo qualquer discussão sobre o princípio – e suas ramificações na lógica dos direitos humanos[30], indicando a falta de análise crítica em relação ao princípio do melhor interesse, sua implementação e que, sem sombra de dúvidas, se reflete nas Convenções e reformas legislativas posteriores à Convenção; bem como na efetivação do princípio em outros direitos previstos na Convenção, como o da participação.

A eleição do melhor interesse como "uma" consideração primária e não como "a" consideração primária[31], se deu na revisão do texto-final ocorrida em 1988, diante da crítica das delegações de que ante um conflito de direitos, outros também deveriam ser considerados, como justiça e igualdade, por serem de igual importância, sendo final a tradução "uma consideração primária", aplicável à criança de maneira individual ou em grupo.

Assim sendo, a partir das análises relativas às Sessões Preparatórias da Convenção sobre o direito da criança, Cantwell conclui que o conceito do melhor interesse da criança deve ser considerado deliberadamente indefinido[32]. O consenso geral é de que a flexibilidade proporciona uma maior efetividade ao princípio, adaptando-o frente às diferenças culturais e socioeconômicas dos países e permitindo uma análise individualizada dos casos.

Alston destaca que a flexibilidade dada ao princípio do melhor interesse da criança permite uma melhor aplicação por profissionais e autoridades envolvidas, isto é, diante da influência que as características culturais e socioeconômicas têm na interpretação

---

[29] CANTWELL, op. cit., p. 15.
[30] CANTWELL, op. cit., p. 15.
[31] Aqui se está traduzindo livremente duas expressões, respectivamente: "the paramount consideration" e "a primary consideration".
[32] CANTWELL, op. cit., p. 16-19.

envolvendo os direitos da criança, um princípio flexível permite sempre a melhor solução para a criança diante de um conflito incapaz de ser resolvido entre direitos humanos fundamentais[33], diferentemente das regras.

Robert Alexy destaca que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios está no fato de que os princípios são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Contêm, assim, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. A distinção entre os dois é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau[34].

Em suma, princípios são, em sua literalidade, normas que comportam uma série indefinida de aplicações, abrangendo distintas situações jurídicas, podendo ser cumprido em certos graus de intensidade. Quando se trata de crianças, em especial ao melhor interesse, duas interpretações se postam.

Primeiro é que ele se posta como um valor nuclear, como o da dignidade da pessoa humana, e como tanto é considerado um limite à atuação dos Estados, e deve ser considerado em todas as decisões que envolvam a criança. Ainda, sua permeabilidade e valor nuclear permitem que seja alegado por qualquer um, inclusive a criança, enquanto sujeito de direito, em todos os casos que a ela digam respeito.

Em segundo lugar, como se constatará nesse trabalho, tamanha flexibilidade e conceituação aberta pode implicar em omissões voluntárias e involuntárias por parte dos Estados não somente em relação ao melhor interesse, mas também em relação a todos os princípios e direitos conexos, como o da participação.

Quanto ao direito internacional privado, ainda que sua função precípua não seja regular direitos humanos, a ligação entre as duas áreas é inegável. As regras procedimentais estabelecidas pela legislação local e por documentos internacionais acabam por refletir a concepção do melhor interesse da criança e dos direitos humanos, proporcionando uma dimensão prática e oportunizando a implementação do princípio nos procedimentos relativos ao direito internacional de família, por exemplo.

---

[33] ALSTON, Peter. (1994). 'The Best Interests of the Child: Towards a reconciliation of culture and human rights', in P. Alston, *The Best Interests of the Child: Reconciling culture and human rights*, Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, pp. 1-25 apud CANTWELL, op. cit., p. 16-19.

[34] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

Como se verá nos próximos capítulos, as discussões envolvendo a participação e o direito internacional privado da família não podem ser apartadas do princípio do melhor interesse, que guarda intrinsicamente relação com o direito internacional dos direitos humanos. Assim, qualquer regulamentação procedimental para uma participação administrativa ou judicial; bem como a realização substancial da participação consideram esses fatores.

Válido também observar que a expressão “melhor interesse” no direito internacional privado é quase que exclusivamente relacionada à criança.

Como se verá nos capítulos posteriores, a Convenção da Haia de 1993 sobre proteção de crianças e cooperação internacional em matéria de adoção internacional, faz sim uma menção às medidas a serem tomadas para garantir que o melhor interesse da criança seja respeitado; bem como a Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de proteção da criança de 1996, que estabelece sua ligação direta com a Convenção sobre os Direitos da Criança, o melhor interesse e a participação; constando o princípio em artigos operacionais.

A exceção fica por conta da Convenção da Haia relativa à Proteção dos Adultos de 2000, pelo qual poderão ser adotadas medidas de proteção aos maiores de 18 anos que, por incapacidade temporária ou absoluta, não estão na posição de proteger os seus interesses.

Em suma, um conceito geral sobre o melhor interesse é desconhecido tanto no direito internacional privado quanto nos direitos humanos. Sua deliberada indefinição permite, ao mesmo tempo, flexibilidade para sua aplicação e permeabilidade para figurar em diversas áreas, como o direito de família, o direito internacional privado da família e os direitos humanos. Compreender os motivos que levaram a inclusão do princípio na Convenção sobre os Direitos da Criança e a mudança de paradigma aí envolvido, auxilia a abranger a análise que será feita nesse trabalho, na tentativa de determinar a participação da criança, seus impactos nos documentos internacionais e legislação local para, enfim, avaliar sua efetivação.

CAPÍTULO 2 – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA

O reconhecimento de que a criança necessita de proteção especial tem sido objeto de intenso debate desde o início do século vinte, quando em 1924, a Liga das Nações adota a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, como se verá, o primeiro documento a estabelecer princípios básicos dos Direitos da Criança. Esses debates, no entanto, se intensificaram nas últimas duas décadas, frutos da mudança de paradigma da criança, hoje sujeito de direitos, dentre eles, o de participação.

O presente capítulo tem por objetivo analisar a participação da criança, a partir da definição da infância e a retrospectiva da tratativa internacional sobre o tema. Analisar-se-á os conceitos e teorias da participação, tendo como parâmetro as teorias de Hart e Lansdown, na busca de uma definição que se adeque à análise da atuação no direito de família, criando a base necessária para os próximos dois capítulos dessa pesquisa.

Assim, iniciando, alguns historiadores dizem que a compaixão dos adultos para os infantes cresceu com o passar do século, enquanto que outros concluem que o "amar" crianças está mais relacionado a um fator constante presente na evolução humana[35].

Historicamente, pouco se sabe sobre o status atribuído à infância durante a Idade Média, em especial no período atribuído entre 500 e 1066[36]. Foi somente a partir de 1200, com a influência da Igreja, que regras específicas sobre as crianças surgiram, de maneira a estabelecer que elas não poderiam ter as mesmas responsabilidades e penas atribuídas aos adultos. A distinção entre crianças e adultos feita pelo direito canônico à época se dava com base em noções herdadas do período greco-romano e nos estágios de desenvolvimento psicológico e sexual da criança, a puberdade de 12 anos para as meninas e de 14 anos para os meninos. O menor era imaturo para cometer pecado, não sendo permitido o casamento antes desta idade[37], ou ao sacramento da Eucaristia.

Tanto é que, ainda hoje, o Código de Direito Canônico – *Codex Iuris Canonici* promulgado pela Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges,* de 26 de Janeiro de 1983, no quinto ano do pontificado de João Paulo II e atualizado pela Carta Apostólica sob

---

[35] DE WINTER, Micha. *Children as fellow citizens:* participation and commitment. Bath: Radcliffe Medical Press Ltd., 1997, p. 4.
[36] MILNE, Brian. *The History and Theory of Children's Citizenship in Contemporary Societies*. New York: Springer, 2013, p. 60.
[37] Ibid., p. 61.

a forma de *Motu próprio "Ad tuendam fidem"*, em 18 de maio de 1998 estabelece, no título VI – das pessoas físicas e jurídicas, em seu capítulo I – da condição canônica das pessoas físicas, no cânon 97, § 2º, que o menor, antes dos sete anos completos, chama-se criança, e é considerado não senhor de si; completados, porém, os sete anos, presume-se que tenha o uso da razão[38].

Prosseguindo, a controvérsia durante a Idade Média se concentra no fato de alguns historiadores, como Ariès[39] acreditarem que a criança poderia ser considerada como pequeno adulto, com base na permeabilidade atribuída à formação da personalidade da criança na época e na expectativa de atitudes da criança, tal como a ajuda com as tarefas domésticas, registradas nos livros de conduta da Europa Ocidental, entre 1300 e 1500. Esses livros revelam duas concepções de atitudes dominantes da criança à época, *behaving or misbehaving*[40], proporcionando uma ampla visão de como as crianças eram entendidas pela sociedade, incluindo como elas deveriam usar os espaços públicos e interagir socialmente.

Milne[41] aponta que os livros de conduta, à época controversos, hoje permitem uma visão de que o entendimento da criança se comportar como um pequeno adulto provavelmente contribuiu para uma sobrevivência econômica dos núcleos familiares[42]. Por isso que, com a Reforma Protestante e consequentemente certa diminuição da influência da Igreja Católica, a criança passa a estar mais sujeita à autoridade dos adultos, que deveriam ensiná-las o que era considerado correto e piedoso. O mal comportamento passa a ser entendido como um indicativo da natureza moral da criança e de seu caráter, não mais como um comportamento cortês ideal da criança[43] perante a sociedade, como consideravam os livros de conduta.

A Idade Moderna, todavia, marca a mudança na concepção da infância. Juntamente à rápida expansão econômica e à introdução de práticas educacionais, é durante o Século XVIII, que a criança passa a ser caracterizada por um reconhecimento do típico caráter de detentora de interesses especiais e atenção, cujas vontades deveriam ser verificadas, bem como que elas deveriam se sujeitar à obediência[44], ressaltando o aspecto de influência dos adultos.

---

[38] SECRETARIADO NACIONAL DO APOSTOLADO DA ORAÇÃO. *Código de Direito Canônico.* Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_lt.html>. Acesso em: 30 abr. 2016.
[39] ARIÈS, Philippe. Centuries of Childhoold. New York: Random House,1962. apud MILNE, op. cit., p. 61.
[40] MILNE, op. cit., p. 65.
[41] DE WINTER, op. cit., p. 62.
[42] MILNE, op. cit., p. 51.
[43] Ibid., p. 70.
[44] DE WINTER, op. cit., p. 5.

Dando continuidade a esse traçado histórico, Linda Pollock demonstra em seus estudos que o ato de amar a criança, saindo do paradigma da criança como um bem material, remete ao período compreendido entre 1500-1900, concluindo que os laços familiares existentes entre a criança e seus pais, de fato, fazem parte de um continuísmo histórico[45], isto é, advém de um *background* ainda maior e relacionado à civilização[46].

Com o aprofundamento de diferenças econômicas, mudanças no poder e nas relações sociais e de trabalho ocorridas nas últimas décadas desse período, uma nova dinâmica de interdependência se instala entre as pessoas, o que impacta, de forma direta, o desenvolvimento da personalidade. O controle crescente das pessoas pelos seus sentimentos, e a estrutura verticalizada e estratificada imposta, isto é, regras e padrões que passam a influenciar uma elite, que as dissemina a um estrato social inferior e, em sequência, são internalizadas por todos os cidadãos, trazem consequências ao relacionamento entre adultos e crianças[47].

Segundo De Winter[48], o autocontrole é um *standard* social, uma normativa ligada à ascensão econômica que, quando atribuída às crianças, requereu que elas fossem disciplinadas. Essa disciplina se dá por meio da escola, de modo a blindá-las de tudo o que pode ameaçar a sua infância, dentre elas a sexualidade[49]. Relacionando e expandindo todo o raciocínio supra ao presente trabalho, tem-se que essa blindagem parece impedir, de certa forma, as crianças de desenvolverem seu potencial argumentativo e de participação perante todas as decisões que a elas dizem respeito e, consequentemente, força com que as estruturas de participação estejam centradas num monopólio por parte dos adultos, que possuiriam a voz ativa para decidir pela criança; ou a simples adaptação figurativa de estruturas típicas da democracia moderna às crianças.

Filosoficamente agora, com exceção da obra de John Locke em *Some Thoughts Concerning Education* e Rousseau, com *Emile*, a criança está notavelmente ausente do objeto de estudo da filosofia ocidental liberal, predominando, em grande parte, a criança sujeita ao controle parental, e como para Hobbes, que deveria buscar nas atitudes dos adultos um espelho. Esse filósofo, por sua vez, assume ser desnecessário considerar a criança como

---

[45] POLLOCK, Linda. *Forgotten Children. Parent-child relations from 1500 to 1900.* Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
[46] ELIAS, Nobert. Het civilisatieproces. Sociogenetische en psychogenestiche onderzoekingen, deel 1 en 2. Utrech: Spectrum, 1982 *apud* DE WINTER, op. cit., p. 5.
[47] DE WINTER, op. cit., p. 7.
[48] Ibid., p. 7.
[49] Ibid., p. 7.

parte do contrato social[50], estando completamente sujeita ao controle parental. Já para Locke[51], a criança não possui o conhecimento, senso moral e a razão que os adultos possuem.

Em suma, até 1900 prevalecia a concepção de que as crianças não possuíam direitos, mas apenas se sujeitavam ao poder familiar, influenciados por uma associação entre as figuras de Deus e do pai[52], sendo reservado a esse a missão de salvaguardar e de dirigir, em vista do seu destino eterno, o desenvolvimento da pessoa que fez nascer[53], tanto é que casos paradigmáticos, como os trazidos por Dolinger[54], as defesas sobre os direitos da criança eram feitas com base nos direitos de proteção aos animais, em razão da inexistência de regras específicas sobre a matéria.

Nesse aspecto, o Século XX testemunhou uma crescente preocupação com o bem-estar da criança, expresso em uma sequência de documentos internacionais – declarações e convenções – emanados de diversos órgãos internacionais e regionais[55], dentre eles o que autores, como Dolinger, consideram o início dos documentos, em 1919, com a Organização Internacional do Trabalho, ao aprovar uma convenção que limitava a idade considerada para o início da vida economicamente ativa dos jovens[56] e posteriormente com a Declaração de Genebra[57], adotada pela quinta Assembleia da Liga das Nações em 1924. O que destaca o autor é que essa preocupação criou um direito internacional da criança que engloba uma coleção de diplomas legais a que visam uniformizar o tratamento protetor das crianças de todos os povos ligados às organizações internacionais e regionais[58].

Isso vem de encontro ao rompimento do conceito tradicional no qual se situava o Direito Internacional, apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados, sustentando ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional[59]. Novos sujeitos são inseridos no contexto internacional e a criança, com a Resolução 1.386 da ONU[60], advinda

---

[50] COWDEN, Mhairi. *Children`s rights:* from philosophy tu public policy. London: Palgrave Macmillan, 2016.
[51] ARCHARD, D. John. Locke`s Children. In. TURNER, S. *The Philosopher`s Child:* Critical Essays in the Western Tradition, Rochester: University of Rochester Press, 1987.
[52] GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
[53] Ibid. p. 612,
[54] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado:* A Criança no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
[55] Ibid. p. 80.
[56] Ibid. p. 81.
[57] Proclamada em 1924 pela Liga das Nações, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, ou também conhecida, "Declaração de Genebra, é composta por cinco itens, versando sobre alguns direitos como de desenvolvimento, alimentos e não exploração, foi aprovada unanimente pela Assembleia Geral e considerada como um dos primeiros documentos internacionais a proteger a criança".
[58] DOLINGER, op. cit., p. 80.
[59] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
[60] UNITED NATIONS. *Resolution Adopted by the General Assembly. 1386 (XIV). Declaration of the Rights of*

da consolidação da Declaração de 1948, passa a ser vista como um sujeito de direito e não um receptor passivo do cuidado paternal, dando-se início a aplicação de um princípio, o do melhor interesse da criança[61].

Em 1959, foi aprovada pelas Nações Unidas a Declaração dos Direitos da Criança. Essa Declaração, visando a que a criança tivesse uma infância feliz e gozasse em seu próprio benefício e no da sociedade os direitos e liberdades contidos na declaração, apela que os pais, as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais, reconheçam os direitos da criança e se esforcem para que os mesmos sejam consagrados legislativamente e por outros meios, em consonância com os dez princípios estabelecidos[62], sendo que nenhum desses explorava a participação da criança.

Destaca-se, contudo, que foi com a Declaração de 1959 que a criança passa de um ser passivo, para um sujeito de Direito Internacional, com direitos e liberdades. Tanto é que em seu preâmbulo, reproduzido no parágrafo acima, proclama a obrigação dos sujeitos a reconhecer os direitos e se pela observância na aplicação de medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de acordo com os princípios ali enunciados.

Posteriormente, alguns outros instrumentos fizeram referência aos direitos da criança, em especial os Pactos de Direitos Humanos de 1966[63]. Esses, fruto da discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância aos direitos previstos[64] na Declaração de 1948, foram de essencial importância para a formação da Carta Internacional dos Direitos Humanos, inaugurando o sistema global de proteção aos direitos humanos, a qual, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, essencial quando se fala em participação, integraria. Necessário, contudo, ponderar sobre essa afirmativa.

Durante os anos 70 surge um movimento que acreditava ser insuficiente considerar como "óbvio, o status da criança", isto é, de um ser em desenvolvimento e sujeito de direitos. Esse grupo se denominava *child liberationists* e alegava que a sociedade subestimava as capacidades da criança[65], tomando em conta a exploração dos adultos sobre elas e a necessidade de revisar essa exploração[66].

---

the Child. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a14r1386.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

[61] MONACO, op. cit., p. 128.

[62] DOLINGER, op. cit., p. 83.

[63] Os direitos da criança estão previstos no pacto internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, nos artigos 10(3), 12(2) (a) e 13(1); e no pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966, em seus artigos 23 e 24.

[64] PIOVESAN, 2013, op. cit., p. 234.

[65] COWDEN, op. cit., p. 6.

[66] Há para alguns dos liberacionistas a impressão de que a infância seria uma invenção moderna, baseados nos

Não isentos de críticas[67], uma vez que muitos consideravam inadequado o entendimento de igualdade de direitos às crianças, no contexto da família; bem como que os liberacionistas, confundiram a real essência destes, que é de proteção; e de que a conceituação da criança como pequenos adultos não condiz com suas individualidades; esse movimento[68], serviu para indiscutivelmente criar a falsa impressão de que o movimento sobre os direitos da criança se restringia somente ao fato de atribuir direitos e liberdades dos adultos às crianças.

Todavia, é também inegável que esse movimento identifica, diante dos estudos clássicos sobre a criança, um avanço, em relação ao reconhecimento das capacidades de desenvolvimento da criança[69] que culminam, em um futuro, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Em suma, muito embora a Declaração de Genebra trouxesse os cinco princípios básicos para o bem-estar da criança; a Declaração de 1959 das Nações Unidas inserisse a criança como um sujeito de direito internacional, bem como o Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, em 1966, por meio do seu artigo 24 também dispusesse sobre a necessidade dos Estados signatários protegerem a criança, era consenso que os Estados continuariam a ignorar suas obrigações para com as crianças, até que um documento os obrigasse de uma maneira suficientemente específica e realista[70].

Nesse aspecto, algumas são as tentativas de atribuir natureza jurídica às resoluções e declarações tomadas pelas organizações internacionais visam emprestar a essas uma vinculatividade mais consentânea com a realidade vivida no campo das relações internacionais[71], assumindo a forma de decisões e configurando-se como atos unilaterais de direito internacional emanados por entidades coletivas[72], não se confundindo com a personalidade de seus membros.

---

estudos de Philipe Ariès. Assim, por ser a infância socialmente construída, não haveria motivações para excluí-las do mundo adulto. Essa exclusão seria uma forma de opressão e discriminação, dominante durante a década de 1970 nos Estados Unidos. Entendo que este raciocínio, ainda que criativo e justificável, é, hoje, exagerado. A infância é comprovadamente um estágio de desenvolvimento psicológico do ser humano, que é assim entendido, tanto pelas Convenções versando sobre a criança, quando algumas definem a criança como os compreendidos entre zero e 18 anos; bem como na análise desse presente trabalho para com a participação da criança no Direito de Família Internacional.

[67] HAFEN, B. *Children`s liberation and the New Egalitarianism*: Some Reservations about Abandoning Youth to their Rights. Bringham Young University Law Review, 1976, p. 605-658.

[68] COWDEN, op. cit., p. 7.

[69] Ibid., p. 7.

[70] COWDEN, op. cit., p. 8.

[71] MONACO, op. cit., p. 63.

[72] Ibid., p. 63.

Essa afirmação, para Monaco, afastaria três das teorias elaboradas visando tornar efetivas, no plano internacional, essas decisões, a saber: a teoria que intenta identificar os atos praticados pelas organizações internacionais com a soma das vontades individuais dos Estados no seio da organização, formando, em consequência um ato unilateral coletivo; a teoria que hipervaloriza os atos favoráveis dos Estados, individualmente considerados; e a teoria que procura identificar tais resoluções como um acordo em forma simplificada constituído pela soma das vontades dos Estados-membros da organização[73].

Assim, duas normas se postam quando da criação de uma organização internacional: as meramente administrativas, para regular o funcionamento interno dessas organizações e as que visam à conduta dos Estados-membros no sentido de determinar comportamentos condizentes com aquela finalidade perseguida ou protegida[74]. Sobre essas últimas, há a discussão sobre a sua legitimidade em impor, no âmbito interno dos Estados, deveres de conduta ou abstenção.

Historicamente, foi com a institucionalização do Conselho de Segurança da ONU que as organizações internacionais passaram a ser caracterizadas como uma fonte legislativa imediata e vinculante[75], cabendo a análise dos tratados instituidores de cada organização para determinar a extensão de suas resoluções. Quando se analisa a Organização das Nações Unidas, o artigo 14 da Carta das Nações Unidas é claro ao dizer que a organização toma decisões com o intuito de recomendar medidas, mas não se prevê nenhuma hipótese de imposição obrigatória de tais decisões a seus Estados-membros[76], com exceção às medidas puramente administrativa.

Analisando a Declaração de 1959, Dolinger[77] afirma que como toda declaração emanada da ONU, este documento não tem força legal, representando uma recomendação do órgão máximo internacional aos pais e aos governos, para que cuidem do bem-estar das crianças do mundo todo, adquirindo um valor histórico e filosófico. E não vinculativo.

No âmbito dessa pesquisa, adota-se o entendimento de Monaco[78], de que as resoluções das organizações internacionais – em especial as declarações de direitos – têm sempre natureza jurídica e função programática, uma vez que objetivam modificar, alterar ou regular o direito em vigor, criar novos direitos ou servir para o desenvolvimento

---

[73] Ibid., p. 63.
[74] Ibid., p. 64.
[75] Ibid., p. 65.
[76] Ibid., p. 67.
[77] DOLINGER, op. cit., p. 84.
[78] MONACO, op. cit., p. 71-74.

progressivo de direitos preexistentes, tendo o condão de chamar a sociedade internacional para o desenvolvimento dos direitos humanos que lhe são preexistentes, podendo solidificar costumes internacionais, codificando o direito internacional e adquirindo caráter cogente.

No entanto, faltam nos princípios da Declaração de 1959, quando comparada à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, artigos mais tangenciáveis e específicos, de modo que a proteção seja integral, em todas as áreas relativas à criança, de maneira esmiuçada, contendo, como se verá na importância desse capítulo, a participação.

O ano de 1979 foi proclamado pela Assembleia Geral da ONU como o ano da criança, sendo que nas reuniões daquele ano, a Assembleia Geral teve a possibilidade de aprovar a proposta da delegação polonesa no sentido de que se elaborasse uma Convenção Internacional dos Direitos da Criança[79]. Em 20 de novembro de 1989, foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, entrando em vigor internacional em 1990.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança situa-se dentro do contexto de preocupação cada vez mais crescente do plano internacional para com as crianças. Um acordo que contém os princípios básicos orientadores da política de proteção dos Estados às crianças e adolescentes, o que representa uma das maiores conquistas no campo do Direito da Criança[80].

É, como afirma Marta Santos Pais[81], o primeiro instrumento de proteção de direitos humanos aprovado em um momento em que a guerra fria chegava próxima ao seu ocaso, o que justifica sua adesão universal, que em 2016, era de 196 países[82]. Juntam-se à Convenção sobre os Direitos da Criança, dois protocolos facultativos, submetidos em 2000, o primeiro versando sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados; e o segundo sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, não atingindo, contudo, tamanha adesão como a Convenção atingiu.

Para alguns[83], a Convenção sobre os Direitos da Criança reflete um consenso entre duas formas de visualizar os direitos da criança, *the child liberation*, ou liberacionista, já

---

[79] MONACO, op. cit., p. 130.

[80] COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção Transnacional:* um estudo sociojurídico comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 185.

[81] PAIS, Marta Santos. A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância). *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 55-56, 1993, p. 212.

[82] UNITED NATIONS. Treaty Collection. 11. *Convention on the Rights of the Child.* Disponível <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.> Acesso em: 12 jun. 2016.

[83] Nesse aspecto: ARCHARD, David. *Children`s Rights and childhood*. London: Routledge, 1993. ROCHE, Jeremy. *The Children Act 1989 and children`s rights:* a critical reassessment.

tratada no decorrer desse capítulo; e *a caretaker thesis,* essa pela qual os adultos devem agir de forma paternalista em nome da criança, tomando decisões que as crianças fariam se fossem adultos[84].

O texto convencional, como bem afirma Dolinger[85], contém normas que parecem ser autoexecutáveis, enquanto que outras estariam a exigir a introdução de legislação interna para a sua complementação, tal como a do artigo 2º §2º. Estruturalmente a Convenção guarda grandes semelhanças com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, trazendo em seus 42 artigos, disposições sobre direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos. Todavia, ainda que diante do inegável avanço – e maturação – que a Convenção proporcionou no âmbito da proteção aos direitos da criança, algumas críticas e ponderações devem ser feitas. A mais comum delas é sobre o seu Eurocentrismo, identificado tanto no conceito de Direitos da Criança no qual foi concebida, em seus detalhes e suas recomendações. Isso porque predomina o conceito ocidental da infância[86], falhando em reconhecer qualquer diferença cultural e econômica[87][88].

Seguindo, alguns pontos merecem destaque, que são considerados os princípios básicos do diploma.

Primeiramente o artigo 2º, tratando sobre a não discriminação. O artigo 3º, que estabelece o critério norteador do *best interests of the child*[89], guardadas todas as observações sobre a tradução do termo, o qual se adota melhor interesse da criança, como já tratado no decorrer desse capítulo. O artigo 6º, versando sobre o direito à vida e à sobrevivência da criança. E, por fim o artigo 12 sobre o Direito da Criança de expressar sua opinião sobre assuntos de seu interesse, que será objeto de análise no decorrer desse capítulo.

Feito esse breve panorama da Convenção, passamos a focar, especificamente, na participação da criança. Muitos dos direitos contidos na Convenção das Nações Unidas sobre

---

[84] ANSELL, Nicola. *Children, Youth and Development*. New York: Routledge, 2005, p. 227.

[85] DOLINGER, op. cit., p. 86.

[86] O conceito ocidental da infância é formado pelas visões dionisianas e apolonianas. Para a visão dionisiana, as crianças eram percebidas como *little devils*, e deveriam apenas ser vistas e não ouvidas, necessitando de serem protegidas delas mesmas, sendo a infância um momento para que a criança aprenda disciplina. Já para a visão apoloniana, dos *little angels,* a infância é um momento de atividades lúdicas, e não para que a criança seja disciplinada. Nessa visão, a criança é inocente, passiva e deve ser feliz. Congregando ambas as visões, o conceito ocidental acredita que a infância é um período de distanciamento do mundo adulto, onde a criança pertence à família e está mais próxima da natureza do que os adultos, sendo um ser incompleto. In: ANSELL, op. cit., p. 9-13.

[87] BOYDEN, J. Childhood and the policy makers: a comparative perspective on the globalization of childhood. Routledge Farmer: London, New YorL.1990 apud ANSELL, op. cit., p. 230.

[88] No decorrer desse capítulo, após a exposição sobre o artigo 12, tratando sobre a participação, novas críticas à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança serão feitas, com o intuito de fomentar uma visão mais pragmática do leitor.

[89] ANSELL, op. cit., p. 95.

os direitos da criança são baseados nas amplamente aceitas ideias de bem-estar e proteção[90], reconhecendo ainda que a criança possui o direito político e social de participar nas decisões que a ela afetam. Todavia, esse direito, conhecido como participação, está rodeado de controvérsias.

É consensual perante a doutrina que, muito embora crianças sejam atores sociais, sujeitos de direito, suas atitudes e interesses são majoritariamente ignorados e excluídos pelos adultos. Seja pela falta, até então, de um documento internacional a impor e centralizar, de forma objetiva, obrigações para o Estado; seja, como se verá, a utilização de estruturas feitas por adultos às crianças, reproduzindo suas típicas falhas.

Por isso, inicia-se o estudo da participação em uma abordagem inusual da adotada pela pesquisa no tema. Muito embora seja o artigo 12 a tratar sobre a participação na Convenção sobre os Direitos da Criança, sua interpretação pressupõe a análise do artigo 5º. Esse artigo estabelece que os direitos e deveres dos quais os pais estão investidos para com a criança, devem proporcionar a essa a instrução e orientação adequadas, e de acordo com a evolução de sua capacidade de desenvolvimento.

Assim, esse artigo deve ser interpretado[91] sob o entendimento de que à medida que a criança adquire capacidades, deverá haver uma gradual transferência desses direitos e deveres a ela, para que ela possa se desenvolver. Não somente as crianças têm direito de expressar sua opinião e de elas serem levadas a sério, porém tomar decisões que a elas sejam competentes. Tudo isso permite observar como essa competência da criança deve ser avaliada, respeitada e promovida. Comprova-se, então, que a participação, prevista no artigo 12[92], é essencial para esse fim.

O texto da Convenção é uma provisão única em um tratado de Direitos Humanos, uma vez que aborda o status legal e social da criança, que, por um lado não possui a total

---

[90] CAIRNS, Liam. Participation with purpose. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006, p. 217.

[91] LANSDOWN, Gerison. International developments in children`s participation: lesson and challenges. In. TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006.

[92] O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança tem a seguinte redação: artigo 12 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.html>. Acesso em: 30 abr. 2016.

autonomia dos adultos; e, por outro, são sujeitas de direito[93]. Com o intuito de aprimorar a execução dos dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança por parte dos seus Estados-parte, foi elaborado pelo Comitê dos Direitos da Criança o Comentário Geral nº 12, com análises em diversos níveis sobre o direito de participação.

Esse direito se firma, para o Comitê sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, como um dos quatro princípios gerais da Convenção, sendo os outros a não discriminação; o direito à vida e ao desenvolvimento; e o princípio do superior interesse da criança, sendo que ele deverá ser considerado na interpretação e implementação de todos os outros princípios, um dos seus princípios primários, o que justifica também a opção em iniciar essa pesquisa com abordagens sobre esse princípio.

O que se verifica desde a entrada em vigor da Convenção, em 1990, é que muito se avançou para a implementação do artigo 12, em todos os níveis e por meio de legislações, políticas e metodologias especiais. Muito embora o artigo 12 não utilize de maneira expressa a palavra "participação", ela é, como confirmada pelo Comentário Geral[94], atribuída aos processos nos quais a visão da criança pode adicionar certas perspectivas, experiências, devendo ser considerada na elaboração de políticas públicas, decisões, elaboração de leis e nas medidas para a sua avaliação.[95]

A participação é, então, vista como uma alternativa para que crianças controlem suas ações e, consequentemente, seu desenvolvimento[96]. Tanto que o termo passa a ser utilizado para descrever processos em andamento como o compartilhamento de informações e o diálogo entre a criança e os adultos baseados no mútuo respeito, no qual, para as Nações Unidas, a criança poderá compreender como a sua visão e a do adulto são consideradas para formalizar esses processos[97][98].

Isto posto, algumas inferências sobre o artigo 12 devem ser feitas. A primeira delas advém da diferenciação feita entre o direito da criança de ser ouvida enquanto indivíduo e enquanto um grupo. Ambas permitem, por óbvio, o exercício de serem ouvidas de acordo com a sua idade e desenvolvimento psicológico. Todavia, há uma ampla facilidade de ouvir a criança enquanto um grupo estruturado, como no seio familiar, ou em escolas, cabendo aos

---

[93] UNITED NATIONS. *Committee on the rights of the child.* Fifty-first session. General Comment No. 12 (2002) The right of the Child to be Heard. Geneva: 2009.
[94] Ibid.
[95] Ibid., p. 5.
[96] ANSELL, op. cit., p. 225.
[97] UNITED NATIONS, 2009, op. cit., p. 1.
[98] Válido observar que esses processos não podem ser generalizados, uma vez que subgrupos minoritários, como crianças em situação de risco ou com deficiências físicas e mentais, permanecem excluídos.

Estados garantir à criança uma forma livre de visão, bem como um ambiente que permita o exercício do seu direito de ser ouvida[99].

É nesse sentido que resta definido para o Comitê o sentido de participação, o qual será tratado no decorrer desse capítulo. O artigo 12 estabelece aos Estados-parte, respeitando o seu sistema jurídico e a vontade da criança, uma obrigação de garantir diretamente o direito de participação, adotando ou revisando leis para que esse direito possa ser plenamente exercido pela criança.

O artigo, como um princípio geral da Convenção, determina que todos os Estados-parte deverão garantir, que tanto a interpretação quanto a implementação de todos os outros direitos incorporados pela Convenção sejam guiados, por meio do direito de participação da criança, sendo que a quase ratificação universal do instrumento pelos Estados reforça o status de sujeito de direito da criança.

Outro aspecto de interessante análise é a opção do artigo 12 em não impor um limite de idade para que a criança possa expressar sua opinião, desencorajando Estados a criarem tal limite, devendo também ser considerada a maturidade da criança. Tanto que, Lansdown[100], reafirma a possibilidade da expressão da criança por formas não verbais, tal como linguagem corporal, expressões faciais, expressões artísticas.

Em 2004, o Comitê recomenda que a total implementação do artigo 12 pressupõe a consideração dessas formas de participação, não sendo necessário que a criança tenha total compreensão sobre os aspectos do conflito no qual está envolvida, e sim que ela tenha a capacidade necessária suficiente para formular suas opiniões[101]. O mesmo se aplica a crianças com deficiências.

Por sua vez, o legislador brasileiro no Estatuto da Criança e do Adolescente fixa a idade de 12 anos como o limite concreto segundo o qual as crianças devam ou não prestar depoimento em juízo[102]. Essa escolha se deu por um critério objetivo que visava facilitar a função dos magistrados diante de um caso em que devessem ou pudessem ouvir uma criança em um processo envolvendo o seu direito à convivência familiar[103].

---

[99] UNITED NATIONS, 2009, op. cit., p. 5.
[100] LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. Florence: UNICEF/Save the Children: Florence, 2005.
[101] UNITED NATIONS, 2009, op. cit., p. 7.
[102] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças em processo de regulação do exercício do poder Familiar. In: Infância e Juventude, Lisboa, v.1, 2006 p. 15.
[103] UNITED NATIONS, 2009, op. cit., p. 7.

No entanto, ainda que a fixação de uma determinada idade traga em si um facilitador para a atuação jurisdicional[104], o autor dessa pesquisa entende que a opção da Convenção de 1989 em um critério duplo, de não fixar a idade e considerar a maturidade, parece abranger, como se verá, os caráteres substancial e procedimental da participação.

No entanto, aplicando as ponderações feitas por Ennew, a Convenção reproduz que a concepção da criança dentro dos padrões ocidentais, em contextos sociais interiores (família, casa e sociedade) dificulta que crianças em contextos sociais exteriores (crianças de rua, refugiados e crianças participantes em conflitos armados) sejam protegidas de maneira efetiva pelos dispositivos convencionais[105].

A participação, por exemplo, seria dificilmente garantida a essas crianças. Sendo, pois, uma forma de hipocrisia estrutural[106].

Dito isso, há na Convenção uma clara preocupação, reflexo do texto do artigo 12, em permitir que a criança se expresse de maneira livre em todas as matérias que a ela dizem respeito. Muito embora, durante as sessões preparatórias, tenha havido a sugestão de limitar os casos aos quais a criança teria direito à participação, essa foi ignorada, adotando a expressão *in all matters affecting the child*. Tal decisão, feitas as devidas salvaguardas no capítulo posterior, é acertada, pois permite um texto convencional mais flexível e adaptável às novas situações, surgidas a partir de 1990, tal como a participação democrática em políticas públicas, por meio de Comitês das Crianças.

O Comentário 32[107] exemplifica, por sua vez e no âmbito do parágrafo 2º do artigo 12, os procedimentos que afetam as crianças e podem ser objeto de participação da criança, envolvendo mecanismos alternativos para a solução de conflitos. São esses, separação, guarda, adoção, vítimas de violência física e psicológica, abuso sexual, saúde, seguridade social, pedidos de asilos e refugiados, vítimas de conflitos armados, etc[108]. Listagem essa que serve como norte para a análise a ser realizada nos próximos capítulos.

---

[104] Ibid.

[105] ENNEW, J. Outside childhood: street children's Rights. Routledge: Lodon,1995, apud ANSELL, op. cit., p. 230.

[106] Essa expressão, cunhada por MAYO, se relaciona à divisão entre "Norte-industrializado e Sul-Pobre", pelo qual o Norte tenta impor suas próprias definições ao resto do mundo, não reconhecendo a sua significância, descartando a validade de outras culturas. Isso se reflete, como observado, nos dispositivos Convencionais, de maneira que eles podem não ser necessariamente os mais benéficos a alguns grupos de criança. In: MAYO, Marjorie. Children`s and young people`s participation in development in the south and urban regeneration in the North. In. *Progress in Development Studies.* v. 1, n. 4, Oct., 2001, p. 279-293.

[107] UNITED NATIONS, op. cit., 2009, p. 10.

[108] O Comentário Geral de número 32 tece algumas recomendações específicas aos Estados-parte sobre cada um dos meios de participação listados, de maneira a garantir a participação da Criança. Esses comentários serão incorporados no decorrer dessa pesquisa, no capítulo específico que tratará sobre a participação da criança diante do direito de família internacional.

Além dos procedimentos judiciais, as crianças também poderão participar em procedimentos administrativos, em suma relativos ao estabelecimento de políticas sobre educação, saúde, meio ambiente, cidadania e proteção. Ademais, estabelece o comentário que o direito à participação se aplica tanto aos procedimentos iniciados pelas crianças, quanto os iniciados pelos adultos. Isso será mais criticamente apreciado nesse capítulo quando se analisar os degraus de participação da criança.

Nesse aspecto, é cristalino a participação das crianças em procedimentos judiciais, extrajudiciais e administrativos. Entretanto, novamente, a crítica que se faz é que a Convenção e o Comentário ao assumirem o conceito de socialização, em uma sociedade ocidental, passam a atribuir um maior valor ao individualismo e a liberdade de expressão quando comparadas a outras sociedades[109], como identificado nas inúmeras referências aos papéis dos pais e não das famílias. Adota-se, pois, uma concepção individual da criança, e não parte de um grupo, como em escolas ou *child club*.

Feita essa observação, o artigo 12 guarda também relações com outras provisões da Convenção sobre os Direitos da Criança, tal como o artigo 2º, sobre o direito a não discriminação; o artigo 3º, que estabelece ser o princípio do melhor interesse da criança basilar em todos os procedimentos envolvendo a criança; o artigo 13, sobre a liberdade de expressão; e, por fim, o artigo 17, sobre o direito à informação. Algumas dessas interações carecem de maiores explicações.

Quanto à interação entre o artigo 3º e o artigo 12, ela é complementar, sendo que o primeiro estabelece o objetivo de se considerar sempre o melhor interesse da criança, enquanto que o segundo estabelece a metodologia para se atingir o disposto no primeiro[110]. Não há como considerar a participação da criança, sem que essa se volte ao seu melhor interesse, seja na criança como indivíduo, ou como parte de grupos.

Já sobre a interação entre o direito de a criança expressar livremente a opinião dela e o direito de liberdade de expressão, o Comentário Geral nº 12 estabelece que muito embora o artigo 13 seja confundido com o artigo 12, eles estabelecem direitos diferentes. A liberdade de expressão se relaciona ao direito de ter e expressar opiniões, e de buscar e receber informações por qualquer meio. Ele estabelece o Direito da Criança de não ser restringida pelo Estado-Parte em suas opiniões, nem sobre como expressá-las[111].

---

[109] ANSELL, op. cit., p. 230.
[110] UNITED NATIONS, 2009, op. cit., p. 15-16.
[111] Ibid., p. 17.

Por sua vez, o artigo 12 se relaciona ao direito da criança de se expressar, em todos os aspectos que a ela afete; bem como de participar em toda ação e decisão que tenha impacto em sua vida, impondo uma obrigação aos Estados-parte de criar redes legais e mecanismos para facilitar esse envolvimento ativo da criança. O artigo 13 não impõe obrigações ao Estado, como faz o artigo 12. E sim, apenas de criar um ambiente propício a isso.

Concorda-se com a conclusão da Comissão de complementariedade, uma vez que o artigo 13 permite à criança o livre acesso a múltiplas fontes de informação, de forma a embasar a sua opinião naquilo que lhe concerne, observadas as limitações pelo desenvolvimento psicológico. Tudo isso se complementa e é reforçado, pelo artigo 17, sobre o direito à informação.

Para Nigel Thomas[112], participação geralmente se refere ao ato de participar de uma atividade ou, de maneira específica, participar no processo de decisões, podendo, ainda, se referir tanto a um processo quanto a um resultado. Já para De Winter[113] a palavra participação pode ser utilizada com significados passivos e ativos. Em seu sentido passivo, a participação adquire o contexto próprio das atividades familiares, esportes, e clube de jovens. Já em seu sentido ativo, a participação deve ser associada ao compartilhamento de responsabilidades e o engajamento da criança, elementos essenciais para analisar a competência da criança enquanto sujeito de direito nos processos de participação dentro do direito de família internacional.

Outra distinção feita por Castenmiller[114] se dá entre a participação política, essa como o comportamento dos cidadãos com o intuito de influenciar diretamente ou indiretamente o processo de decisões políticas; e a participação social, um tanto desconexa dos processos políticos formais, mas de maneira a influenciar políticas cotidianas, em nível local, educacional ou de trabalho, dentre outros.

O que essa multiplicidade de definições evidencia são as grandes dúvidas de Estados e organizações sobre o significado da participação, o seu propósito e as culturas de participação que permeiam processos envolvendo as crianças, tal como os listados no Comentário Geral.

---

[112] THOMAS, Nigel. Towards a Theory of Children`s Participation. In*: International Journal of Children`s Rights,* n. 15. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 199-218.

[113] DE WINTER, op. cit., p. 24.

[114] CASTENMILLHER, Peter. Politieke participatie en politieke vorming. In: I Hartman & H Vlug (red) *Tussen burgerschap en eingenbelang. Participatie, legitimiteit en politieke vormin in de jaren '90.* Amsterdan/Leiden: Nederlands Centrum voor Democratische Burgerschapsvorming e.a., 1989, p. 62. *apud* DE WINTER, op. cit., p. 24.

Em estudo elaborado no Reino Unido juntamente a 146 organizações, Kirby[115] *et al* procuraram, por meio de questionários envolvendo cinco temas (*purpose, focus and degree, organization, outcomes* e *importance),* traçar um cenário sobre a participação de crianças em níveis locais, regionais e nacionais, identificando as agências que estariam, de fato, ouvindo as crianças (participação) e modificando seus processos e serviços, após os impactos dessa.

As conclusões estatísticas do estudo demonstram que a participação estava, em sua grande maioria, compreendida na faixa etária de 12 a 16 anos, se dava no âmbito local (65% das organizações), a envolver trabalhos genéricos, e ampla minoria versando sobre políticas e decisões judiciais relativas à criança enquanto indivíduo. Concluiu o estudo que o jovem, possuía pouco impacto na decisão e elaboração de políticas públicas, sendo que a participação da criança implicava, em sua grande maioria, na melhora de competências atitudinais e não nos processos em si.

O que se pretende demonstrar com esse estudo é que quando novos conceitos são ativamente adotados, a terminologia participação pode ficar um pouco confusa, sendo usada para descrever uma grande gama de atividades, em diferentes circunstâncias[116], que nem sempre significam realmente a participação. Não à toa o estudo afirma que o conceito de participação passa pela análise de algumas etapas, tais como o nível de participação; sua natureza, frequência, duração; e o foco e conteúdo envolvido na participação.

Primeiramente, é conveniente afirmar, que a cultura da não participação é endêmica[117]. Para Cleaver[118] e Mosse[119], dentre os problemas fundamentais da participação está o fato de que o uso de métodos participativos serve, em algumas ocasiões, para interesses de terceiros, alheios aos do melhor interesse da criança ou os interesses comunitários. Esse raciocínio se aplicaria, por exemplo, aos conselhos de crianças, não conduzidos em termos infantis, retornando à concepção prevalente de que as crianças devem ser educadas para respeitar adultos e neles se espelhar, de maneira a não possuírem voz ativa, numa atitude meramente representativa e não participativos.

---

[115] KIRBY Perpetua; LANYON, Claire; CRONIN, Kathleen; SINCLAIR, Ruth. *Building a Culture of Participation.* Involving children and young people in policy, service planning, delivery and evaluation. London: Department for Education and Skills, 2003.

[116] KIRBY, op. cit., p. 31.

[117] MATTHEWS, Huges. (2003) Children and Regeneration: Setting an Agenda for Community Participation and Integration. In: *Children and Society*, v. 17, n. 4, set. 2003, p. 264-276.

[118] CLEAVER, Frances. Institutions, Agency and the Limitations of Participatory Approaches to Development. In: COOKE, Bill; KOTHARI, Uma. *Participation:* The New Tyranny? London: Zed Books, 2001.

[119] MOSSE, David. (2001) People's Knowledge, Participation and Patronage: Operations and Representations in Rural Development. In: COOKE, Bill. KOTHARI, Uma. *Participation: The New Tyranny?* London: Zed Books, 2001. p. 16-35.

Ainda, na concepção ocidental da infância, a expectativa da criança de participar a afastaria da natureza e impediria o seu direito a uma infância livre de adultos. Todavia, essa noção negligencia o fato de que crianças também são influenciadas pelos mesmos fatores econômicos e sociais a influenciar os adultos[120]. Como afirma Lansdown[121], há um grande corpo de evidências para demonstrar que definir atitudes para prevalecerem perante as crianças é uma atitude falha.

Esse corpo de evidências se baseia em alguns fatos, tais como o abuso de poder perante a criança, relacionado aos inúmeros casos de abusos sexuais e psicológicos investigados e listados por Comissões Nacionais e Internacionais; bem como no fato de que adultos nem sempre agem baseados no melhor interesse da criança.

Esse é claramente verificado em uma detida análise da adoção internacional nos anos 60, 70 e 80, em que órfãos dos conflitos armados mundiais e locais, eram tratados como mercadorias a alimentar países ocidentais; ou ainda vendidas por seus pais, com consentimento de agências governamentais, sob o fulcro de ser essa a medida mais benéfica ao seu desenvolvimento.

Ainda, complementando os argumentos usualmente atribuídos para combater a participação das crianças, estão o fato de que a criança não possui a competência ou a experiência para participar; de que a criança deve aprender como adquirir responsabilidades, antes de que lhe sejam atribuídos direitos, totalmente combatido pelo fato de ser agora a criança um sujeito de direitos; e, por fim, de que sua participação implicaria na perda do poder parental e disciplinar[122].

A participação vem, diferentemente do alegado pelos críticos, como um meio de se formar um senso de conveniência e pertencimento (*fitting and belonging)*, de maneira a se obter melhores decisões, uma vez que as crianças possuem conhecimentos e experiências únicas sobre determinadas situações[123], como em ações de subtração internacional e de guarda. Ainda, é por meio da participação que as crianças compreendem como desafiar as fontes de sua própria exploração e desenvolver suas próprias agendas de transformação[124].

Em democracias, há uma urgência para que a criança compreenda as implicações do processo de elaboração e decisões democráticas. Por isso, para Lansdown[125], a criança deve

---

[120] MATTHEWS et. al. 1999 apud ANSELL, op. cit., p. 235.
[121] LANSDOWN, Gerison. *Promoting children's participation in democratic decision-making*. Florence: UNICEF Innocenti Insight, 2001.
[122] LANSDOWN, 2001, op. cit., p. 8.
[123] Ibid., p. 4-5.
[124] MAYO, op. cit.
[125] LANSDOWN, 2001 op. cit., p. 6.

ter oportunidades de aprender quais seriam seus direitos e obrigações. Ademais, ela deveria compreender, não só por meio do sufrágio aos 16 anos ou simulações, como sua liberdade estaria limitada pelos adultos e como suas ações poderiam afetar o direito de terceiros e o contexto político.

Tanto é que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe o direito da criança de livremente se expressar em todas as decisões que a ela digam respeito.

Múltiplos são os benefícios de envolver a criança no processo de participação, como listados por Ansell[126]: para a criança, há um crescente senso de competência e uma melhora para sua percepção das perspectivas e das necessidades de terceiros, além de desenvolvimento de algumas habilidades atitudinais; para as organizações, a participação da criança permite um desenvolvimento de políticas sensíveis às prioridades da criança, o estabelecimento de processos de participação, um crescente compromisso com a participação dos direitos da criança e a inovação; e, por fim, para a comunidade, uma educação pública sobre os direitos da criança e o crescimento do capital social e a melhora na qualidade de vida.

Não há dúvidas, enfim, que a participação é um direito fundamental da criança. E dentro das diversas etapas envolvidas na análise desse conceito – e direito – alguns elementos são necessários para desenvolvê-la. McNeish and Newman[127] destacam que o enfrentamento de barreiras atitudinais, a criação de estruturas participatórias e a obtenção de processos que permitam a participação inclusiva juntamente à motivação, são os quatro elementos necessários para desenvolver a participação da criança.

No entanto, sobre essa última, ainda que julguemos de superior importância, poucas são as análises feitas por grupos de pesquisas científicas[128]. Em contraposição, os motivos de participação dos adultos na definição de políticas e de serviços públicos foram amplamente estudados, justificando, como perfazem os autores[129], uma análise detalhada no âmbito desta pesquisa e a sua correlação à participação da criança.

---

[126] ANSELL, op. cit., p. 8 a 20

[127] MCNEISH, D.; NEWMAN, T. Involving children and young people in decision-making, Buckingham: Open University Press, 2002. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006, p. 77.

[128] Essa nota vem de encontro à dificuldade dessa presente pesquisa em encontrar dentre os grupos de pesquisa jurídicos nacionais produção sobre o tema, evidenciando que, muito embora seja a participação de fato um direito fundamental, a análise de teorias sobre a participação se faz necessária para uma melhor compreensão sobre o tema e o delineamento de meios de participação, o que se procurará estabelecer ao fim da presente pesquisa.

[129] PROUT, Alan; SIMMONS, Richard; BIRCHALL, Johnston. Reconnecting and extending the research agenda on children`s participation: mutual incentives and the participation chain In. TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation*

Muito da participação dos adultos baseia-se na denominada teoria da escolha racional, aplicada originalmente à ciência política, com transposição relativamente recente às ciências sociais. Surgida entre as décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos, essa teoria buscava analisar o comportamento dos indivíduos através de métodos empíricos, partindo do pressuposto básico de que os indivíduos são auto interessados[130]. Assim, conceituando a racionalidade ora como a descoberta de quais objetivos aquele que toma a decisão está perseguindo, ora como a análise de quais os meios mais razoáveis para atingir esse objetivo[131], para Downs o homem se move em direção às metas estabelecidas, despendendo o mínimo de recursos possíveis.

Já para Olson[132], a racionalidade dos sujeitos é o principal elemento da ação coletiva, tanto em sua perspectiva econômica, quanto em sua dimensão psicológica. Os indivíduos, ao analisarem suas ambições pessoais e, por óbvio, individuais, avaliam todos os ônus e bônus desse comportamento coletivo, sendo que ambos os autores reduzem a vida social à lógica econômica, como uma noção do *homo economicus,* que é alvo de sérios questionamentos, a se iniciar pelo próprio conceito de racionalidade.

Um ato racional é um ato que foi escolhido porque está entre os melhores atos disponíveis para o agente, dadas as suas crenças e os seus desejos[133], isto é, diante de nossos estados mentais (crenças e desejos), escolheríamos as melhores ações que estejam de acordo com esses estados. A racionalidade é assim uma capacidade humana[134].

Todavia, as escolhas do homem são baseadas na sua capacidade de agrupar informações suficientes para fundamentar suas convicções, sendo a definição do que seria racionalidade passível de inúmeras interpretações, tanto quanto a afirmação de que o comportamento racional é aquele que busca maximizar as utilidades esperadas ou percebidas. O indivíduo, por exemplo, poderia atribuir a racionalidade a uma escolha não informada, considerando o custo que ele tem para adquirir informações.

---

for What? Bristol: Policy Press, 2006.

[130] WARD, Hugh. Rational choice. London, New York: Palgrave Mcmillan, 2002. In: MARSH, David; STORKER, Gerry. *Theory and methods in Political Science*. 2. ed. Basingstoke et al.: Palgrave Macmillan, 2002. p. 65-89.

[131] DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: EDUSP, 1999.

[132] OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: EDUSP, 1999.

[133] FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Revista Brasileira Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001, p.7 In: SCHEEFFER, Fernando. Teoria da escolha racional: a evidenciação do *homo economicus*? In: Em Tese – *Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC.* Florianópolis. v. 10, n. 1, jan./jun., 2013, ISSN 1806-5023, p. 34.

[134] Ibid.

Contextualizando, a criança, tem sua capacidade de informação e – consequentemente – motivação muito ligada à atividade do adulto, enquanto eventual detentor do direito de ação e organização de alguns processos e projetos aos quais ela poderia se envolver e participar; bem como o quanto esse adulto fornecerá de informações livre de influências, aos quais a criança realizaria o seu juízo de valor e racionalidade.

Como, enfim, analisar a racionalidade conferida à ação social? O indivíduo, ao agir e interagir, dispõe de planos coerentes e pretende maximizar suas preferências e minimizar os custos envolvidos por meio da racionalidade. Assim, esse indivíduo é capaz de ranquear as alternativas que estão à sua disposição e escolher a que considera a melhor[135], sendo que uma obtenção exagerada de informações nem sempre pode significar um sinal de racionalidade.

Esse ranqueamento deve ser explicado pelo ambiente socioeconômico e cultural no qual o indivíduo está inserido, bem como na sua inserção em determinados grupos sociais ou categorias demográficas[136]. Tal informação corrobora com a crítica feita ao longo desse capítulo de que nem sempre o conceito de participação trazido pela Convenção sobre os Direitos da Criança consegue abarcar certos grupos, como o das crianças envolvidas em conflitos armados, por exemplo.

Essa novamente não é isenta de críticas, surgindo a abordagem psicossociológica, com grande expressão em Mellucci[137]. Para o autor, a ação coletiva não é produto de crenças e representações descontextualizadas dos atores, ou resultado natural de momentos históricos. Ainda, acredita que a racionalidade não deriva de um intelecto isolado e autossuficiente, isto é, as crenças dos autores não bastam para dar razão à ação, pois não são independentes das relações nas quais os atores estão implicados[138]. Surge, então, o conceito de identidade coletiva.

Melucci constrói o ator coletivo em interação, relação e negociação contínua com o meio, sendo necessária a presença de uma identidade coletiva com a qual ele se identifique para se ter a ação e então calculados custos e benefícios[139]. A identidade coletiva é a condição para que se possa colocar em questão a participação ou não-participação em qualquer tipo

---

[135] BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo, v. 12, n. 35, Oct. 1997. In: SCHEEFFER, op. cit., p. 34-35.

[136] CASTRO, Mônica Mata Machado. Sujeito e estrutura no comportamento eleitoral. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 20, São Paulo: Anpocs, 1992. In: SCHEEFFER, op. cit., p. 35-36.

[137] MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente*: movimentos sociais nas sociedades complexas. Petrópolis: Vozes, 2001.

[138] Ibid., p.32.

[139] SCHEEFFER, op. cit.

de ação social, justificando o fato de que a motivação não pode ser concebida como uma variável eminentemente individual[140].

A ação coletiva seria assim compreendida por meio de uma apreensão cognitiva dos fins, meios e campos da ação; relação entre os atores envolvidos e investimento emocional que os leva a se reconhecerem enquanto grupo[141]. Do exposto, concorda-se que as relações sociais devem ser abordadas em todos os seus núcleos relacionais, sejam eles a família, as associações, considerando as diferentes ideologias, o que poderia levar à opção pela motivação de participar somente no aspecto sociológico. Todavia, é inegável a influência econômica na regulação de aspectos sociais e, em consequência, na participação. Quando se foca sobre a criança, verifica-se em inúmeros documentos internacionais, essa influência, o que não invalidaria, de pronto, a teoria da escolha racional.

Isso tudo torna a teoria desenvolvida por Birchall and Simmon[142], denominada *Mutual Incentives Theory* – Teoria dos Incentivos Mútuos (MIT) passível de relação quando se analisa a participação das crianças. Para os autores, a teoria é mútua, pois não assume que as pessoas são inerentemente cooperadoras ou egoístas, e sim que seus motivos para participar são um misto de interesse próprio e interesse pela coletividade. Ademais, essa reconhece que em um contexto cooperativo não há a necessidade de comparar os interesses de um indivíduo em relação ao outro. Isso porque eles podem, dentro da estrutura, cooperar e coexistir, justificando a participação da criança seja de maneira individual, ou em um ambiente grupal, como a escola ou os grupos de participação infantil.

Em suma, a teoria pode ser sintetizada pela análise de três variáveis: interesses comuns, isto é, o indivíduo expressa necessidades mútuas que são materializadas em interesses comuns; valores compartilhados, pelo qual o indivíduo acredita que o seu dever de participar está relacionado à expressão de valores comuns; e, por fim, ao senso de comunidade.

Esta é uma teoria que guarda relações tanto ao aspecto social, quanto ao aspecto psicológico. A participação do indivíduo é, assim, motivada por incentivos individuais e

---

[140] ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. São Paulo: *Lua Nova*, n. 76, 2009, p. 49-86.

[141] Dentre esses documentos que evidenciam a influência econômica perante a regulação de Direitos da Criança, destaque-se emblemático caso Sean Goldman e o posterior H.R 3212-3 Act do Senado Americano, constando a possibilidade de sanções econômicas aos países que desrespeitassem a Convenção da Haia sobre a Subtração Internacional de Crianças. Disponível em: < https://travel.state.gov/content/dam/childabduction/International%20Child%20Abduction%20Prevention%20and%20Return%20Act.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

[142] BIRCHALL, Johnston; SIMMONS, Richard. What motivate members to participate in the governance of consumer co-operatives? A study of Co-operative group**.** *Research Report No. 2*. Escócia: Stirling University. January, 2004.

algumas punições, isto é, o envolvimento de fatores positivos e negativos. Sobre os fatores positivos estariam os benefícios (internos e externos) e o hábito. Já em aspectos negativos, estariam os custos de oportunidade e o de satisfação.

Ademais, essa teoria estabelece diferenciações entre participantes e não participantes. Sobre os primeiros, dividem em *campaigners* (participantes ativos e confiantes na participação), *foot soldiers* (sua contribuição se dá de maneira menos ativa que os *campaigners*, uma vez que não se comprometem com posições de liderança), *scrutineers* (participantes que se contentam com o pensar e não o efetivar da participação) *e habitual participants* (participantes guiados por normas internalizadas), indicando uma escalada decrescente de participação. Já sobre os não participantes, esses são divididos em três grupos, os que estão nas margens, mas ainda não escolheram participar; os que se sentem alienados em participar; e a minoria apática.

Essa análise, como mesmo concluem os autores[143], é insuficiente para explicar os motivos pelos quais as pessoas participam, sendo necessário o que eles denominam a cadeia de participação, formada pelos recursos, a mobilização e a motivação e a dinâmica de participação.

Resta-nos agora a tentativa de aplicar todo o exposto à criança, indo além das eventuais pontuações feitas no decorrer do texto.

Como afirmado, poucos são os estudos que tomam por base MIT à participação da criança. Uma das raras e mais vultuosas expressões é o estudo de Nigel Thomas[144], na participação de crianças em decisões, elencando uma série de questões, tal como as diferenças entre participantes e não participantes, as oportunidades de participação, os motivos que algumas crianças preferem escolher pela não participação e, por fim, as diferentes atitudes da participação.

Há, como demonstrado nos estudos de Lansdown[145], uma grande tendência a implodir todo a teoria do MIT e a cadeia de participação, uma vez que essas foram formuladas diante de fatores essenciais à participação do adulto, não sendo, portanto, aplicáveis à participação da criança. O fato da não aplicação se inicia pelos motivos e incentivos de participação.

---

[143] BIRCHALL, J.; SIMMONS, R. op. cit., p. 9.

[144] O estudo de Sir. Nigel Thomas, muito embora não faça referências diretas às mais novas teorias sobre a participação dos adultos, se vale da teoria de Arnstein e de Hart sobre os degraus de participação. Esses serão analisados no decorrer desse capítulo, na parte em que buscar-se-á demonstrar teorias a fortalecer a visão do autor de que a teoria de participação é plenamente aplicável às crianças, bem como ao direito de família internacional.

[145] LANSDOWN, 2001, op. cit.

A participação de crianças é promovida, pois traria, como já inserido anteriormente, benefícios individuais e coletivos às crianças, tais como o acesso à informação e a promoção dos direitos da criança, respectivamente. Todavia, de maneira diversa, o estudo de Nigel Thomas demonstra quatro diferentes tipos de participação individual, relacionadas à atitude, sendo elas a assertividade (a criança tem o direito de ser ouvida); a submissão (a criança não precisa de muita participação); a razoabilidade (crianças e adultos deveriam interagir e se compreender mutualmente); e a evasão (comportamento de fuga pela criança)[146].

O que se afirma é que pouco se estuda sobre os reais motivos da criança participar; o balanço entre seus interesses individuais e os interesses coletivos; a interação para com os adultos, dentre outros. Concorda-se com Lansdown[147] que as crianças não são um grupo homogêneo e que muitas das pesquisas existentes na seara da participação são feitas deixando de lado crianças em situações de risco. Um exemplo se dá na mais recente crise de refugiados que assola a Europa, países da África e do Oriente Médio, onde crianças nessa situação, são inábeis de participar.

Além das barreiras culturais (a cultura da não participação), legislativas e econômicas, alguns argumentos são listados por Lansdown[148] os quais retomamos aqui: o fato de que a criança não possui a competência ou a experiência para participar; de que a criança deve aprender como adquirir responsabilidades, antes de que lhe sejam atribuídos direitos, totalmente combatidos pelo fato de ser agora a criança um sujeito de direitos; e, por fim, de que sua participação implicaria na perda do poder parental e disciplinar.

O estudo dessas barreiras à participação poderia auxiliar em uma conclusão mais homogênea sobre os motivos da participação da criança, sejam eles individuais, sejam eles coletivos. Por hora, concluímos que a participação da criança está intimamente atrelada à forma pela qual a criança participa e, consequentemente, realmente se envolve com projetos e processos, do que ao estabelecimento de teorias aplicadas aos adultos.

Assim, não nos restam dúvidas de que a criança, com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, obtém – ou melhor – reafirma a sua condição como sujeito de direito. Logo, possui voz ativa na sociedade, reconhecidas suas visões particulares, energia e compromisso com a participação[149] sendo necessário, contudo, meios a suportarem isso, isto

---

[146] THOMAS, Nigel. Children. *Family and the State*: decision-making and child participation, Bristol: The Policy Press, 2002.
[147] LANSDOWN, 2001, op. cit., p. 14.
[148] Ibid., p. 15.
[149] PROUT, Alan; SIMMONS, Richard; BIRCHALL, Johnston. *Reconnecting and extending the research agenda on children`s participation: mutual incentives and the participation chain*. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. Children, Young People and Social Inclusion,

é, que formas de participação efetiva sejam criadas não só por adultos, e sim por crianças engajadas para esse fim.

Ao listar os problemas da participação de crianças[150], identifica-se a dificuldade em sustentar as iniciativas de participação com o crescimento das crianças, ou seja, como promover a sucessão entre crianças recém-engajadas e aquelas já engajadas de maneira a se alcançar a sustentabilidade dos projetos de participação. E, ao mesmo tempo, promover a interação entre adultos e crianças.

A conclusão que se chega aqui é que seria inviável comparar os estudos da participação dos adultos perante as crianças, em especial o MIT. Isso porque a participação efetiva da criança envolve não um espelhamento em instituições já existentes para os adultos e sim na busca de uma nova formatação para essas instituições. No entanto, é possível sistematizar alguns conceitos advindos do MIT, tais como o da cadeia de participação, centrados na motivação para participar, nos recursos, na mobilização e na dinâmica.

Por isso, a compreensão da motivação e, em consequência da elaboração de um novo conceito de participação, passa pela análise das diversas tipologias de participação, a serem analisadas nesta pesquisa.

Para Hart, a participação de crianças[151] não pode ser discutida sem considerar as relações de poder e a sua luta por direitos iguais. A Convenção, ainda que preocupada com a proteção, listando direitos das crianças que devem ser perseguidos por todos os Estados Signatários, não enfatiza as responsabilidades que vem conexas aos direitos. Por isso a importância de engajar crianças no entendimento de que juntamente aos direitos de cidadania, existem responsabilidades, bem como necessária a interlocução para com os adultos.

O engajamento deveria ser de toda a família, de modo a evitar as denominadas performances infantis[152], isto é, o envolvimento ambíguo e manipulativo da criança em ditos projetos de participação. Nessa seara, Hart baseia-se no diagrama dos degraus de participação de Arnstein[153] para definir o início da tipologia da participação das crianças.

Seriam, então, oito os degraus de participação para Hart, sendo os três primeiros (*manipulation; decoration; tokenism*) considerados de não participação; e os cinco últimos

---

Participation for What? Bristol: Policy Press, 2006. p. 90.

[150] LANSDOWN, 2001, op. cit., p. 17.

[151] HART, Roger. *Children's Participation*: From Tokenism to Citizenship. Itália: Unicef International Child Development Centre, 1992, p. 6.

[152] Ibid., p. 9.

[153] ARNSTEIN, Sherry R. 'Ladder of citizen participation'. In: *Journal of The American Institute of Planners Association*, 35:4, 1979, p. 217.

(*assigned but informed; consulted and informed; adult-initiated shared decisions with children; chil-initiated and directed; child-initiated, shared decisions with adults*), os degraus de participação.

A se iniciar pelo primeiro degrau, de manipulação, definida por Hart[154] como a condição na qual a criança não tem entendimento dos problemas postos e, assim, não entende suas ações, tal como crianças de zero a sete anos carregando cartazes políticos em uma manifestação sobre os impactos das políticas sociais, sem o entendimento dessas políticas. Outro exemplo de manipulação é dado quando as crianças são consultadas e não lhes é repassado qualquer *feedback.*

Em seguida, o segundo degrau de participação se dá com a decoração, isto é, o papel decorativo da criança. Diferencia-se da manipulação, pois aqui os adultos não aparentam que a causa é inspirada pela criança, como na manipulação; e sim que eles somente usam a participação da criança para reforçar sua causa[155], como por exemplo em eventos artísticos para arrecadação de fundos para doenças que acometem adultos que se utilizam, de uma maneira indireta, da presença das crianças para reforçar.

O terceiro degrau de participação é o tokenismo, usado para descrever instâncias em que as crianças aparentemente possuem alguma voz, mas, na prática, possuem pouca ou nenhuma escolha sobre o sujeito, estilo de comunicação, não sendo oportunizado formularem suas opiniões[156]. Um exemplo prático citado é o uso de uma criança pertencente a um grupo minoritário em um painel de discussões com pouco ou nenhum preparo sobre a matéria a ser discutida, ou consulta por meio de seus pares.

Adentrando agora aos degraus de efetiva participação temos o quarto degrau, em uma tradução livre, “atribuído, mas informado” (*assigned but informed*). Ao caracterizar este degrau, Hart descreve alguns requerimentos para que o projeto seja realmente denominado como participativo, o que se depreende como sendo aqueles necessários para que se enquadre o papel participatório da criança nesse degrau.

Em suma, esses requerimentos passam pelo pleno conhecimento da criança sobre o projeto e as tomadas de decisão no projeto. Ademais, para esses requerimentos, a criança sairia de um papel decorativo, adquirindo um caráter significativo e, principalmente,

---

[154] HART, op. cit., p. 9.
[155] Ibid., p. 9.
[156] Ibid., p. 9.

espontâneo[157]. Nesse degrau, a criança voluntariamente deseja participar (*assigned*) somente após esclarecida do seu papel (*informed*).

Para o próximo degrau, "consultada e informada", há um compromisso por parte dos adultos comandando os projetos de que a opinião da criança seja consultada de forma séria, o que não ocorre no degrau anterior.

Já o sexto degrau, "iniciado por adultos, com decisões compartilhadas com crianças", é considerado por Hart[158] como a real participação em razão do fato de que as decisões são compartilhadas entre adultos e crianças. E essa mesma consideração acompanha os próximos degraus. Seja, no sétimo degrau, no qual as crianças organizam e dirigem o projeto, trabalhando cooperativamente. Seja no oitavo degrau, com projetos iniciados por crianças e decisões compartilhadas pelos adultos, que se diferencia do sétimo degrau em razão da complexidade de seus projetos, bem como a idade de crianças envolvidas.

As críticas aqui se voltam para o fato de Hart expor que a participação de crianças se dá somente nos mais altos degraus[159], o que deve ser alvo de ponderações e análises individuais. Treseder[160], por exemplo, distribui os níveis de participação em um círculo, evitando a sobreposição de Hart, amplamente criticada. Ademais, da análise do texto e organograma, se observa que, implicitamente, Hart procurou demonstrar que os degraus de participação se dariam em escala crescente, já combatido pela conclusão anterior.

Outra crítica pessoal que se exerce aqui é que há uma grande similaridade entre cada um dos degraus, principalmente os ditos iniciais na escala. No âmbito dessa pesquisa, se considera que a participação pode se dar em degraus mais baixos, condicionados ao esclarecimento da criança sobre o seu papel.

Mostrando uma visão mais atualizada sobre a participação da criança, está o estudo de Gerison Lansdown[161], desenvolvido junto ao centro de pesquisa da UNICEF (*Innocenti*) em Florença, Itália, e com algumas das ideias já expostas no decorrer desse capítulo. Esse

---

[157] Para Roger Hart, os critérios são*: 1. The children understand the intentions of the project; 2. They know who made the decisions concerning their involvement and why; 3. They have a meaningful (rather than 'decorative') role; 4. They volunteer for the project after the project was made clear to them.* (HART, op. cit., p. 11).

[158] HART, op. cit., p. 12.

[159] GREEN, 199 *apud* HINTON, Rachel. Children`s Participaton and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature. *International Journal of Children`s Rights*, n. 16, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 287.

[160] TRESEDER, Phil. *Empowering children and young people training manual:* promoting involvement in decision-making**.** London: Save the Children, 1997.

[161] LANSDOWN, 2001, op. cit., p. 8

estudo analisa projetos internacionais de participação classificando-os em três tipos: de consulta, participação e autodefesa.

Dentre os elementos da pesquisa, cumpre destacar alguns pontos, a se iniciar pelos princípios da participação democrática. Primeiramente, para Lansdown[162] a criança deveria ter uma ampla compreensão sobre o delineamento do processo a qual participam, bem como o seu papel neles, superando os degraus de não participação propostos por Hart.

Ademais, não haveria para o autor um limite à idade de participação, uma vez que a criança, como disposto no artigo 12 da Convenção, pode se expressar por meios não verbais. Novamente, se vê aqui uma contraposição às ideias de Hart que implicitamente determina serem somente as crianças com idade mais avançada (*Young children*) capazes de atingir projetos com um alto grau de participação.

Em um aspecto similar, há grande preocupação pela voluntariedade da participação da criança, pela transparência e pela igualdade entre elas. O estudo de Lansdown é importante, visto que, avança ao determinar, como seguiria o Comentário Geral, princípios e ações a serem consideradas sempre que a criança estivesse envolvida, proporcionando, de fato, a efetiva participação sem, contudo, se preocupar com uma hierarquização excessiva, e em nossa visão prejudicial, como fez Hart.

Há sim uma categorização dos processos consultivos, participativos e de autodefesa da criança que se diferenciam, novamente, pelo grau de transparência e envolvimento da criança seja na tomada de decisões ou na elaboração desses processos. Essa análise que Lansdown faz de diversos projetos[163] permite uma visão global, fora do eixo eurocêntrico, sobre a existência de projetos e processos com participação de crianças.

Destacam-se dentre alguns dos projetos analisados uma característica comum, qual seja o fato de que todos os problemas, tais como a manipulação das crianças por adultos ou a falta de representatividade de certo grupo infantil são identificados e têm soluções apresentadas pelas próprias crianças, servindo o adulto apenas como um papel limitador. O que se observa é que a participação efetiva, e dita ideal, é uma meta que poderá ser obtida caso reconhecida a importância da qualidade e da natureza da relação entre crianças e adultos[164], bem como o delineamento da motivação por parte da criança.

---

[162] Ibid., p. 9.

[163] Dentre os projetos analisados por Lansdown estão, de maneira exemplificativa e em ordem crescente de participação: o Parlamento Infantil na Eslovênia e a Consulta da Euronet, no ano 2000, sobre discriminação e exclusão social; o Projeto Child-to-child na Nicarágua; e os clubes das crianças nepaleses.

[164] LANSDOWN, Gerison. International developments in children`s participation: lesson and challenges. In. TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006.

Na presente pesquisa, essa preocupação se transfigura no estabelecimento de um conceito de participação dentro do direito internacional privado da família, uma vez que raros são os estudos versando sobre essa análise.

Do exposto, é possível iniciar a construção pelo fato de que o adulto deve agir como um agente facilitador e não centralizador no processo participativo. Sustentar uma atividade autônoma da criança não é, em muitas circunstâncias, uma meta realista, necessitando de um comprometimento contínuo por parte dos adultos. Há ainda uma grande relação, enquadrada por Lansdown como uma relação formal de poder entre adultos e crianças[165], e que identifica a relação entre a criança, o adulto e o poder político.

Para Lansdown, essa relação se dá com o incremento e a popularização da participação de crianças em conferências, sendo o Fórum das Crianças na Seção Especial da Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) um de seus principais e mais bem-sucedidos eventos[166].

Assim, quando se fala da participação da criança, existe um consenso de integrar a participação em nível local, nacional e internacional, o que ao nosso ver seria o ideal, ainda mais se tratando do direito de família internacional. Ao mesmo tempo, quando se considera essa multiplicidade de níveis de participação, há uma tendência em retirar a criança do seu nível local e falsamente inseri-la no contexto nacional e internacional.

Isso porque essa inserção serve apenas para replicar as estruturas de poder e participação de adultos, ao invés de aperfeiçoá-las para inserir as crianças. Tanto é que Nigel Thomas[167] utiliza a palavra mímica para descrever a participação "fantochista" de crianças seja em processos e instituições iniciadas por adultos; seja nas iniciadas pelas próprias crianças, mas que, em verdade, comungam o fato de a criança não participar do processo de tomada de decisões.

O paradoxo daí advindo é que, se por um lado, mimetizar instituições e processos para incluir a participação da criança permite que sofram influências tanto da política, a qual a criança não pode votar pela definição, quanto pelos defeitos de representatividade, que não permitem a inclusão de todas as crianças; por outro lado, para Thomas[168] esse tipo de envolvimento da criança, invariavelmente, permite aferir uma quantidade maior de

[165] LANSDOWN, 2006, op. cit., p. 143.
[166] Ibid., p. 143.
[167] THOMAS, 2007, op. cit., p. 207.
[168] Ibid., p. 207.

atividades excitantes e dinâmicas aos envolvidos, mas não necessariamente ligadas à política real e, em um termo que adicionamos, ao propósito de participação.

A questão que se põe é: qual o propósito da participação? É incontestável nesse momento que a participação oferece benefícios psicológicos à criança, bem como está ligada à sua realização enquanto cidadã, o que evidencia seus aspectos sociais e políticos.

O comprometimento com a participação, enfim, pode ser compreendido em um caráter dúplice: o ato político de endossar a aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, base para que se entenda a participação da criança, cria um ambiente permissivo, no qual meios imaginativos e efetivos de participação podem ser criados pelos Estados signatários[169]. Bem como cria certa pressão no governo (em níveis locais, nacionais e internacionais) para apresentar progresso na criação de mecanismos de participação.

O indagado aqui é se o propósito da participação é fazer com que os Estados sejam enxergados pela comunidade internacional como promotores da participação; ou a participação *per se,* em um sentido político e social, dando origem à classificação por parte da doutrina em participação social e a participação política.

Sobre a primeira, a participação é concebida como uma forma de inclusão, de relações para com os adultos e de oportunidade para conexão social que o processo participatório pode criar[170], o qual acredita-se que o direito de família internacional, em partes, está incluído; e a participação política, sobre as relações de poder e a mudança, relacionados à definição de políticas públicas e às instituições, o qual novamente o direito não pode ignorar, já que o ato de ratificação de um documento internacional é eminentemente político.

Ambas são insuficientes para definir a participação da criança no direito internacional privado da família, sendo necessário a construção de um novo conceito, de maneira a não ignorar a origem política e social das normas de direito internacional. Acreditamos que a busca pelo conceito se iniciaria pela definição de Hart[171] de que a participação é um direito fundamental de cidadania que, por sua vez, é a base da democracia.

A criança, como sujeito de direito, teve seus desejos socializados, criando as condições para que elas, por meio da participação, materializassem e realizassem os seus direitos. A cidadania, não significa, em nossa visão, a garantia de participação real e

---

[169] CAIRNS, op. cit., p. 218.
[170] THOMAS, 2006, op. cit., p. 206.
[171] HART, op. cit.

eficaz[172], e sim o elemento motriz para que se meça a extensão necessária para consagrar sua autonomia, independência, responsabilidade e, consequentemente, participação em processos judiciais e administrativos.

Se na democracia predomina o princípio da igualdade, não há por que se cogitar que a participação da criança deve estar sujeita somente a um determinado setor, como os conselhos escolares ou a definição de políticas públicas, exemplos de participação social e política respectivamente. E sim, em nosso entendimento, prevalecer o disposto no artigo 12, o qual a criança tem o direito de opinar em todas as matérias que lhe digam respeito, por diversos tipos de linguagem.

Sendo assim, é correto concluir que a criança tem o direito de participar em todos os procedimentos e processos do direito de família internacional. Todavia, é ingênuo não considerar a aparente diversidade[173] dos sistemas de família internacionalmente e o já tratado problema entre o princípio da participação e a prática da participação nos países, isto é, o *gap* existente entre o compromisso legislativo assumido pelo país signatário da Convenção e as oportunidades criadas para que a criança realmente participe e rompa com as resistências de profissionais e pais envolvidos em processos judiciais e extrajudiciais.

Com todo o exposto, a definição da participação dentro do direito de família internacional deve conter três aspectos: o primeiro sobre a aceitação e incorporação universal por parte dos estados signatários do disposto no artigo 12 da Convenção, isto é, o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a ela relacionados, por meio de todos os tipos de linguagem, considerando seu desenvolvimento mental.

O segundo aspecto deve versar sobre a motivação da criança, a qual acredita-se estar ligada à efetivação do princípio do melhor interesse da criança e à superação das barreiras, tais como o tokenismo em projetos e a falta de transparência e apoio por parte dos adultos. E, por fim, ao propósito da participação, além do compromisso político dos Estados ao ratificarem documentos internacionais sobre o tema, e sim como uma forma de realização da cidadania.

---

[172] DE WINTER (1997) completa que a cidadania permanece como uma ilusão se não forem criadas, pelos adultos, as condições para que a criança expresse sua opinião e de fato exerça sua participação. O autor faz ainda uma relação, a qual discordamos parcialmente, de que se o jovem (aqui como um sinônimo ao termo criança) é considerado um pequeno adulto, as mesmas estruturas a ele devem ser oferecidas para que se desenvolva. O mais correto, na visão dessa pesquisa, seria observar que as crianças, como sujeitos de direito e seres em formação, devem ter oportunidades de participação, o que culminará no exercício da cidadania.

[173] Diz-se aqui aparente, pois tal conclusão pode se modificar com o avanço da pesquisa nos próximos capítulos. No presente momento, essa conclusão é baseada no estudo de Newell S., Graham A., Fitzgerald R. M. denominado *Results of an International Survey regarding Children's Participation in Decision-Making Following Parental Separation.* Prepared for Childwatch International Research Network's Children & the Law Thematic Study Group; November 2009.

Assim, a participação da criança é o direito de expressar e engajar-se ativamente e passivamente em todos os assuntos a ela relacionados no direito internacional privado da família, respeitado seu desenvolvimento mental e formas de expressão, levando em consideração seu bem-estar superior e o exercício de sua cidadania.

CAPÍTULO 3 – A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA ENTRE PROCEDIMENTO E SUBSTÂNCIA

Até o presente momento, não restam dúvidas de que a adoção por parte da Convenção sobre os Direitos da Criança do artigo 12 como um de seus quatro princípios gerais represente uma mudança substancial na maneira pela qual a realização dos direitos da criança será promovida, isto é, por e com participação da criança.[174]

Ao artigo 12 é atribuído um caráter dúplice, substancial e procedimental. Em seu caráter substancial, o artigo 12 reconhece que a criança é protagonista em todos os atos que a ela afete, tendo o direito de participar nesses. Já em seu aspecto processual, o artigo 12 empodera a criança para desafiar e liderar ações na promoção e proteção dos seus direitos, incluindo todos os outros direitos e deveres contidos em outros artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Para tanto, a criança deverá participar efetivamente nos processos judiciais e administrativos, desde que tenha interesse jurídico, isto é, na qualidade de parte, terceiro interessado ou testemunha, emitindo as suas opiniões a respeito dos direitos subjetivos que lhe atingem de forma direta ou indireta[175].

Importante ressaltar aqui que, diferentemente do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fixou a idade de 12 anos como o limite concreto segundo o qual as crianças devem ou não prestar depoimento em juízo[176], a Convenção não estipula um limite, deixando a cargo da autoridade responsável avaliar a maturidade da criança para participar.

Por isso se diz que o artigo 12 tem um caráter de direito humano fundamental, isto é, os direitos nele contidos passam a permear a implementação de todos os outros artigos previstos na Convenção, em concordância com o princípio do melhor interesse da criança.

No entanto, como se verificará no decorrer desse capítulo, sua materialização em sistemas de promoção e proteção dos direitos da criança, e consequentemente, na efetivação do melhor interesse da criança, ainda é incipiente. Isso porque o princípio geral de respeitar a opinião da criança se dá, primariamente, de maneira procedimental, e não substancial, implicando em uma não efetivação.

---

[174] PAIS, Marta Santos. Child Participation. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 81-82, 2000, p. 94.

[175] CAMARGO, Solano de. O Direito da Criança de ser ouvida – Aspectos Internacionais. In: MONACO, Gustavo Ferraz de. FULCHIRON, Huges. (Org.). *Famílias Internacionais*: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 258.

[176] Ibid.

Por isso, esse capítulo buscará estudar, diante do objetivo geral de entender a efetivação do princípio do melhor interesse nos mecanismos de participação da criança, a implementação do artigo 12 na prática, divididos em dois tópicos. Primeiramente se estudará o status hierárquico da Convenção, buscando traçar um panorama legal sobre a sua implementação nos países signatários, tomando por base os estudos de Jean Koh Peters.

Em seguida, a partir das inferências obtidas com o status hierárquico, se analisará as medidas de caráter político a serem adotadas pelos Estados ratificadores da Convenção, e que estão vinculadas, principalmente, à eficácia e à efetividade do direito de participação da criança, como um meio de efetivação do princípio do melhor interesse analisando, por fim, os entraves à implementação participação nos Estados.

3.1 Da Natureza e do Escopo da Participação

Iniciando o proposto, a participação da criança não é somente um meio de prepará-la para o seu futuro papel como adulto, mas também se mostra como um importante mecanismo de melhora imediata de suas circunstâncias sociais e econômicas[177], uma vez que leva ao cumprimento de outros direitos, promovendo o desenvolvimento infantil, sempre sob a égide do melhor interesse. Ademais, Hart complementa que a participação permite à criança desenvolver competências de autoproteção; permite que suas necessidades sejam consideradas e o seu potencial máximo desenvolvido, intelectualmente, socialmente e emocionalmente[178].

Se poderia afirmar, então, que há um consenso da comunidade internacional da busca em efetivar o princípio do melhor interesse diante do seu conceito deliberadamente indefinido, e que unanimemente se compromete a assegurar à criança o direito de se expressar, refletido, por exemplo, nos cento e noventa e seis países que ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança e estariam, pois, obrigados a garantir mecanismos de implementação do disposto no artigo 12.

Afirmar que a participação se dá, primariamente de uma maneira procedimental, e não substancial, implicando em uma não efetivação, compreende trazer exemplos para ampará-la.

No plano internacional, essa afirmação é amparada, por exemplo, na análise do artigo

---

[177] HART, R. *Children changing their world:* understanding and evaluating children`s participation in development. London: Plan, 2004.
[178] HART, op. cit, 2004.

13 da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças [179]; ou o artigo 4(d) da Convenção da Haia de 1993 sobre proteção de crianças e cooperação internacional em matéria de adoção internacional [180]; e, enfim, do artigo 7(3)[181] da Convenção Internacional de 2007 sobre os direitos das pessoas com deficiência, o qual espelha as provisões substantivas do artigo 12(1) da Convenção sobre os Direitos da Criança, enquanto que reforça as obrigações dos Estados-parte de garantir que todas as crianças com deficiência tenham o mesmo direito de expressar sua opinião, isto é, participar, quando comparadas às crianças sem deficiência[182-183].

No plano regional, tanto a União Europeia quanto a região da África apresentam

---

[179] Artigo 13 - Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto. Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança. (BRASIL. Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. *Diário Oficial da União,* Brasília, DF, 17 de abr. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm > Acesso em: 10 de abr. 2017).

[180] Artigo 4° - As adoções abrangidas por esta Convenção só se podem realizar quando as Autoridades competentes no Estado de origem: 4) o consentimento da mãe, se ele for exigido, foi expresso após o nascimento da criança; e
d) tiveram-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, que:
1) esta foi convenientemente aconselhada e devidamente informada sobre as consequências da adoção e do seu consentimento em ser adotada, quando este for exigido;
2) foram tomados em consideração os desejos e as opiniões da criança;
3) o consentimento da criança em ser adotada, quando exigido, foi livremente expresso, na forma exigida por lei, e que este consentimento foi manifestado, ou seja, comprovado por escrito;
4) o consentimento não tenha sido obtido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie. (BRASIL. *Decreto Nº 3987, de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm> Acesso em: 10 de abr. de 2017).

[181] 3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito. (BRASIL. *Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

[182] PARKES, Aisling. *Children and international human rights law:* the right of the child to be heard. New York: Routledge, 2015, p. 8.

[183] Ainda no aspecto do plano internacional, destaca-se o papel do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, produzindo Comentários Gerais, já exemplificados nessa pesquisa, a incluir o ativo e importante papel de organizações não-governamentais, de maneira a complementar e ampliar a visão sobre os programas governamentais dos países signatários.

desenvolvimentos para reforçar o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

No nível europeu, seriam exemplos a comunicação de 2006 *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child*, já tratada nessa pesquisa, e que visava, essencialmente, a estabelecer um plano de ação na Comunidade para promoção e proteção dos direitos da criança no aspecto político, internamente e externamente[184]; bem como da *EU Agenda for the Rights of the Child*, em Fevereiro de 2011, o que, para Stalford, marca a cristalização dos esforços europeus em relação à criança e a estratégia do bloco para seus direitos[185]. Há, por fim, que se destacar o Tratado de Lisboa, que reconhece, no artigo 3º, que a União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança[186], bem como a inserção da proteção desses direitos como um dos objetivos das políticas externas do bloco.

Em seguida, no âmbito da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o artigo 4(2) da Carta Africana dos Direitos e Bem-estar da Criança, assinada e ratificada por 41 países, promove que em todos os processos judiciais ou administrativos afetando uma criança que é capaz de comunicar os seus próprios pontos de vista, e as oportunidades devem ser dadas para os pontos de vista da criança a ser ouvida, quer diretamente quer através de um representante imparcial como parte no processo, sendo essas opiniões consideradas pela autoridade competente quando da sua decisão[187].

O que se pretende demonstrar aqui diz respeito ao fato de que as Convenções e desenvolvimentos regionais se relacionam ao subparágrafo 1 do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, já que trata da participação como um direito fundamental que assegura a toda criança que tenha capacidade de formular seus próprios juízos o direito de ser ouvida, de participar em todos os assuntos a ela relacionados, espelhando muitas vezes sua redação.

---

[184] Há aqui uma crítica pessoal do autor dessa pesquisa no que tange à Comunicação, sobre a projeção dos direitos da criança em aspecto político e econômico, uma vez que dentre as ações previstas estão benefícios tributários e ajuda humanitária aos países em desenvolvimento com interesse na estruturação de programas para a proteção da criança, de maneira a possivelmente impactar direta e indiretamente a primazia do princípio do superior interesse da criança em todas as ações. Em especial, a análise dessa comunicação foi um dos pontos de partida para o desenvolvimento e maturação da pesquisa aqui apresentada.

[185] STALFORD, Helen. *Children and the European Union: Rights, welfare and Accountability.* Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 222.

[186] LISBOA: *Tratado de Lisboa* – Versão Consolidada. Lisboa: Assembleia da República, 2008, p. 18. Disponível em: < https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

[187] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança.* Disponível em: < http://www.achpr.org/pt/instruments/child>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Por sua vez, o subparágrafo 2 do mesmo artigo, que promove o direito a criança de ser ouvida direta e indiretamente por meio de seus representantes em todos os procedimentos administrativos e judiciais que lhe digam respeito, demonstre de fato seu aspecto substancial, uma vez que vem de reforço ao disposto no parágrafo 1º, não é ao todo considerado e espelhado pelo texto das Convenções e, apenas em um dos desenvolvimentos regionais exemplificados.

Aos Estados-parte, cabe, sim, a obrigação, o vínculo legal de implementar o direito das crianças de participar em todos os assuntos que a elas afetem, efetivando o princípio do melhor interesse. No entanto, depara-se com a indagação de como torná-la eficaz em todos os casos que envolvam a criança e, em específico nessa dissertação, no que tange ao direito internacional privado da família.

Tomando por base o estudo promovido pela Yale Law School[188-189], em 2005, que tinha o objetivo de identificar em 250 jurisdições, incluindo aqui 194 Estados Signatários da Convenção e todos os Estados Norte Americanos, medidas de efetivação do artigo 12, constatou que 24,4% das crianças abaixo de quinze anos viveriam em aproximadamente setenta e dois Estados-membros da ONU que continham provisões para que crianças fossem ouvidas diretamente; enquanto que 38 países, com 14,4% das crianças, provisões que as crianças poderiam ser ouvidas por um representante; e 14 países, com 1,3% de crianças, por meio de um corpo de profissionais[190].

Nas jurisdições representando 73,3% do total de crianças com menos de quinze anos em países signatários, a pesquisa concluiu que a grande maioria ora estava em desacordo com o disposto no artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança, ora não forneceram dados suficientes, como o Brasil, para obter um resultado conclusivo. E que, 44,2% das crianças, em aproximadamente 67 Estados signatários, não continham qualquer provisão

---

[188] YALE LAW SCHOOL, *Representing Children Worldwide How Children`s voices are heard in child protective proceedings,* 2005. Disponível em: <http://rcww.law.yale.edu/index.htm>. Acesso em 15 out 2016. In. PETERS, Jean Koh. How children are heard in child protective proceedings, in the United States and aorund the world in 2005: survey findings, initial observations and areas for further study. *Nevada Law Journal*, Vol. 6, Spring 2006.

[189] Em razão da inexistência de pesquisas recentes a sistematizar as provisões legais nos países signatários, esse trabalho optou por adotar a pesquisa promovida pela *Yale Law School* como referência, por entender ser a melhor – e única – que demonstra o panorama mundial sobre a ratificação massiva da Convenção dos Direitos da Criança e as consequências na legislação nacional. Ademais, o autor desse trabalho está ciente de que, considerando o lapso temporal entre as conclusões da pesquisa de Yale (2005) e a da apresentada aqui (2017), alguns dos dados possam ter se modificado, em especial aos países que não continham qualquer sistema de proteção, promovendo, por exemplo, oportunidade e necessidade de atualização no âmbito de doutoramento.

[190] PETERS, Jean Koh. How children are heard in child protective proceedings, in the United States and aorund the world in 2005: survey findings, initial observations and areas for further study. *Nevada Law Journal,* Spring, 2006, vol. 6:966, p. 969.

legal para serem ouvidas em procedimentos judiciais e administrativos que lhe diziam respeito; com 32 dessas jurisdições sem nenhum procedimento de proteção das crianças.

Considerando os planos regionais, destaca-se que, aproximadamente cinquenta e três países africanos não continham nenhum sistema de proteção às crianças em sua legislação nacional, ainda que 41 desses países tenham assinado e ratificado a Carta, em que resta estabelecida o direito da criança de opinar (participar) de todos os procedimentos administrativos e judiciais que lhe digam respeito, diretamente ou por meio de representantes. Outra importante conclusão da pesquisa de Yale é de que trinta dos trinta e sete países com influências da lei islâmica também não possuíam esses sistemas.

É importante salientar que, à época da pesquisa, dentre os quarenta e três países europeus pesquisados, apenas vinte e três continham alguma provisão para ouvir a criança por meio de um representante; que sete de dezesseis países na Oceania membros das Nações Unidas tinham um sistema de proteção dos direitos da criança limitado, ou inexistente, ainda que alguns tenham incluído provisões da Convenção sobre os Direitos da Criança em sua legislação nacional; que muitos dos países sul-americanos, a incluir o Brasil, tenham modificado sua legislação nacional para incluir e implementar as provisões da Convenção em um mesmo período nacional.

E, por fim, que os países nórdicos, com exceção da Suécia, consideram que toda criança com mais de 15 anos deve ser parte dos procedimentos. Logo, seu consentimento deve ser obtido, e é dever do Estado prover auxílio legal à criança. Ainda, todos os países nórdicos continham legislações de que crianças acima de 12 anos possuem o direito de expressar sua opinião nos procedimentos.

A pesquisa de Yale produziu algumas conclusões, a qual criticamente se expõe e adapta-se a essa pesquisa.

É evidente a ausência de um sistema de proteção – e promoção – dos direitos da criança em um substancial número de países que pode implicar em falhas na propagação e efetivação do melhor interesse. Por sua vez, a massiva ratificação da Convenção, considerando a divisão feita pela pesquisa[191] da *Yale Law School*, é diametralmente oposta ao fato de que alguns países não possuem qualquer tipo de sistema de proteção e promoção

[191] A pesquisa de Yale dividiu os países em seis categorias, baseadas nas provisões nacionais (jurisdições) sobre a proteção e promoção dos direitos da criança. São elas: países no qual a criança é ouvida diretamente ou por meio não especificado; países onde a criança é ouvida por meio de um representante; países onde a criança é ouvida por meio de um corpo qualificado; países sem provisões para que a criança seja ouvida em procedimentos protetivos; países sem qualquer sistema protetivo; países com pouca ou nenhuma informação legal obtida.

dos direitos da criança organizados; ou ainda sem adotar medidas de caráter político com o fim de atribuir maior eficiência e eficácia aos dispositivos convencionais.

Assim, ainda que a Convenção sobre os Direitos da Criança tenha obtido massiva ratificação entre os países, é diametralmente oposto o fato de que dentre os países pesquisados, considerando, alguns não tenham promovido as reformas necessárias para efetivar todo o sistema de proteção e promoção dos direitos da criança previstos na Convenção; ou ainda que alguns países não possuiriam qualquer tipo de sistema de proteção organizado.

Quanto aos planos regionais, algumas conclusões específicas podem ser traçadas. No âmbito do sistema africano, a inexistência de sistemas de proteção é atribuída apenas à falta de recursos financeiros, considerando a ampla ratificação da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança; ou pelo fato de que a proteção e promoção dos direitos das crianças, no continente africano, adquire um caráter de assistencialismo único quando comparado a outros países?[192] Nesse aspecto, considerando principalmente o instituto da adoção internacional, entende-se que se deve ao fato de o continente africano se postar em um papel de emissor de crianças à países do hemisfério norte, a envolver ainda hoje fatores econômicos, o que explicaria a falta de capital político e econômico para a estruturação de sistemas.

Sobre o sistema europeu, expressiva maioria dos países pesquisados contém previsões para ouvir as crianças diretamente e não por meio de um representante[193]. A pesquisa aponta como justificativa o sistema de provas por evidência no sistema de inquisição, menos restritivo, que permitiria à criança ser ouvida sem a necessidade de ser examinada por pais ou conselhos. Um adendo por parte do autor da presente dissertação de que há dentre os países europeus, uma maior disposição ao uso de meios não judiciais e não presenciais, o que incentiva a adoção de políticas públicas com maior participação de crianças quando comparada a outros países[194].

A partir da conclusão referente ao sistema europeu, a pesquisa aponta que, de maneira geral, as crianças são ouvidas diretamente, contrariando as previsões sobre participação por meio de um representante[195]. Algumas indagações elaboradas a partir da análise do sistema europeu são aplicáveis no âmbito dessa pesquisa. Seriam elas: se a criança deve ter

---

[192] PETERS, op. cit., p. 993.
[193] PETERS, op. cit., p. 993.
[194] Essa conclusão será melhor explicada quando da análise da participação da criança em procedimentos administrativos, no capítulo seguinte.
[195] PETERS, op. cit.

consciência de que será ouvida livremente, participando diretamente no processo, como separá-la dos pais, em um procedimento judicial capitaneado por eles? Quais procedimentos são requeridos para que, considerando o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a criança possa expressar livremente sua opinião sem riscos de traumas? Há algum procedimento, no direito internacional privado de família que deva descartar a participação da criança?

Em suma, há um consenso sobre a obrigação legal de garantir a participação da criança por meio de sistemas de proteção e promoção desses direitos, mas esse consenso não se reflete na adoção ou sistematização de práticas e políticas com o fim de proporcionar maior efetividade e eficácia aos dispositivos, considerando que 58% dos países listados pela pesquisa da *Yale Law School* não continham qualquer provisão sobre a participação de crianças em procedimentos protetivos; e aproximadamente 50% não continham qualquer sistema de proteção e promoção em suas jurisdições[196].

Uma indagação primária e essencial no desenvolvimento desse trabalho, no entanto, se posta aqui: como analisar a efetivação do melhor interesse nos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado de família, sem que a parte substancial do artigo 12, isto é, o reconhecimento do direito da criança de participar de todos os atos que lhe digam respeito, seja objeto de importância por parte dos Estados-parte?

Na busca de apontar solução a essa pergunta, passa-se à análise da natureza e do escopo da participação.

Marta Santos Paes afirma que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança é uma provisão visionária, uma vez que possui um significado prático, a ser considerado em todos os aspectos que afetem a criança[197]. Para Parkes, o artigo 12 da Convenção, não é somente um direito fundamental em si mesmo, como também passa a permear a implementação de todos os outros direitos contidos na Convenção[198]. Portanto, se afirma que a participação e o princípio do melhor interesse estão intrinsicamente relacionados.

Na visão desse autor, estão além de uma correlação, e sim em uma relação de interdependência do primeiro para o segundo. Não há que se falar em participação sem considerar o melhor interesse; porém pelo caráter "facultativo" da participação, pode se considerar que o melhor interesse da criança inclua momentos em que a participação poderá ser dispensada.

---

[196] PETERS, op. cit., p. 995.
[197] PAES, op. cit., 2000.
[198] PARKES, op. cit, p. 31.

Retomando e aprofundando aspecto trazido no início desse capítulo, o artigo 12 tem uma natureza dúplice, substancial e procedimental, e que garante às crianças o direito de serem atores, protagonistas em todas as decisões que lhe digam respeito, resguardado o seu direito de participarem e contribuírem nessas; ao mesmo tempo que possuem, procedimentalmente, o poder e direito de ação na promoção e proteção de outros direitos contidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, na busca sempre pela efetivação do melhor interesse.

O texto do artigo 12, em seu subparágrafo 1, correspondente à parte substancial[199], impondo aos Estados signatários não somente uma faculdade da participação da criança em todos os aspectos que a ela afete, e sim uma obrigação de plenamente implementar mecanismos de participação sem qualquer tipo de discriminação, como preleciona o artigo 2º da Convenção. Se relaciona à expressão "levando devidamente em consideração, em função da idade e maturidade da criança" usada muitas vezes como um limitador por parte dos Estados para estabelecer uma idade mínima para a participação.

Ao mesmo tempo que a expressão permite certa flexibilidade ao texto convencional, a participação da criança, como preleciona Hart[200], está condicionada à realização da criança enquanto cidadã e se o artigo 13 da Convenção resguarda o direito de liberdade de expressão da criança por qualquer forma, o artigo 12 deve ser aplicado a toda as crianças de 0 a 18 anos, devendo o Estado adequar sua legislação e mecanismos de participação ao escopo do artigo, garantindo uma participação livre da criança, sendo informada sobre todas as opções e possíveis decisões a serem tomadas no caso, bem como suas consequências à criança e aos seus guardiães.

Por isso, Paes[201] afirma que a natureza da participação não será genuína se não oferecer à criança a oportunidade de entender as consequências e impactos de sua opinião, bem como se as autoridades não considerarem suas preocupações. Há enfim, na natureza substancial um elemento decisório para que a autoridade competente considere e atribua "peso" a essa decisão sem, contudo, descartá-la.

É ainda no escopo do artigo 12(1) que se justifica a participação da criança nos

---

[199] Art. 12 §1 - Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. (BRASIL, 1990. *Decreto n. 99.719 de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 20 de ago. 2017).

[200] HART, op. cit.

[201] PAES, op. cit.

mecanismos judiciais e administrativos do direito internacional privado de família. De um ponto de vista prático, a expressão *all matters affecting them* contém um escopo de ação que compreende ações diárias a eventos em nível internacional, seja de maneira individual ou como um grupo[202]. Aqui, a escala de participação tratada no capítulo anterior dessa dissertação, se aplica, com o Comitê incentivando a participação judicial e administrativa, por meio de representantes ou diretamente, uma obrigação direta às autoridades e pais.

Seguindo, o subparágrafo 2 do artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança, de natureza procedimental, reforça a importância da criança de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado e em conformidade com as regras processuais da legislação nacional[203], fazendo relações com o artigo 9(2), posicionando a criança como parte interessada no processo[204]; e o artigo 21, sobre a adoção, no qual todas as partes interessadas, incluindo as crianças, terão ciência do procedimento.

A Convenção, ao destacar a conformidade com as regras processuais da legislação dos países signatários quis, no ponto de vista desse autor, provocar nos países signatários seja as adaptações legislativas seja as medidas de caráter político necessárias para concretizar a participação plena da criança em procedimentos judiciais e administrativos sem, contudo, tomá-las em um aspecto obrigatório. Incluir a criança enquanto parte processual legítima, terceiro interessado ou testemunha implica, necessariamente, em desenvolver uma sistemática de representação e de "caminhos" aptos a fazer com que sua opinião e seja dada em paridade à dos seus guardiães, uma participação plena na escala de Hart[205], que pode se dar de maneira direta ou indireta.

A participação direta, por meio do qual a criança tem encontros – presenciais ou por meio de teleconferência – ou se comunica diretamente com o ente decisório, contribuindo ativamente para a decisão[206]. E a participação indireta, com a criança se expressando por meio de um representante[207] ou qualquer indivíduo ou instituição, ainda que não governamental, mas que contenha preparação suficiente para intervir e proteger o bem-estar superior da criança.

---

[202] PARKES, op. cit., p. 34.

[203] Art. 12 §2 - Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (BRASIL, 1990).

[204] PARKES, op. cit., p. 37.

[205] Para essa escala, sugerimos que seja feita referência ao Capítulo II dessa dissertação.

[206] PARKES, op. cit., p. 37.

[207] Ibid., p. 38.

No entanto, como trazido dentre as perguntas desse capítulo, há dificuldade em traduzir a participação do artigo 12, um princípio geral da Convenção, e sua implementação prática.

Como predizem Lowe e Murch[208], adicionando considerações do autor dessa pesquisa, um cenário está em aceitar que a voz da criança deve ser ouvida pelas autoridades em procedimentos administrativos e judiciais a seu respeito, de modo indireto e direto; e outro cenário, que vai além, está em ultrapassar a retórica legislativa – e judicial, de modo a permitir que as crianças tenham uma maior opinião nos processos que moldam seu futuro, isto é, desenvolver um sistema que permita a efetiva participação e concordância com o princípio do melhor interesse da criança.

Partindo de uma análise da 2ª Parte do *Family Act* 1996[209-210] inglês, sobre divórcio e separação, os autores dissertam em como traduzir o princípio da participação da criança à prática do direito de família, apontando quatro embates teóricos para o abandono do *Act*, cuja cerne estaria no embate teórico entre o *welfare best-interest approach* e o *rights approach*. Primeiramente, para a abordagem tradicional do melhor interesse da criança, *welfare approach,* a decisão em processos de divórcio e/ou separação do que seria o melhor para a criança está concentrada nos adultos envolvidos, com crianças no papel de meros coadjuvantes[211].

A abordagem dos direitos da criança – *rights approach,* por sua vez, estaria construída sobre uma ótica liberal, que equipara crianças e adultos, uma vez que entende ser essa distinção legal arbitrária. Assim, aplicar o princípio do melhor interesse da criança seria categorizar as crianças como um objeto do bem-estar, em vez de cidadãos, sujeitos de direito

De maneira complementar a essas duas abordagens, há aquela que compreende a criança como um ator social, por meio da qual considera as experiências da criança em seus próprios termos, valorando essas experiências como a fonte primária, e não a dos seus guardiães[212]. E, por fim, a abordagem relacionada à saúde mental das crianças, para qual as

---

[208] LOWE, Nigel; MURCH, Mervyn. Translating Principles into Practice. In. DEWAR, John; PARKER, Stephen. (editors) *Family Law:* processes, practices, pressures. London: Hart Publishing, 2003. p. 17-18.

[209] Em sua parte introdutória o Act estabelece seu objetivo de: "An Act to make provision with respect to: divorce and separation; legal aid in connection with mediation in disputes relating to family matters; proceedings in cases where marriages have broken down; rights of occupation of certain domestic premises; prevention of molestation; the inclusion in certain orders under the Children Act 1989 of provisions about the occupation of a dwelling-house; the transfer of tenancies between spouses and persons who have lived together as husband and wife; and for connected purposes.". Disponível em: < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/contents>. Acesso em: 27 dez. 2017.

[210] A Parte II do *Act* foi revogado pelo *Children and Families Act*, de 2014.

[211] LOWE, MURCH, op. cit., p. 20.

[212] Ibid., p. 22.

práticas e procedimentos no sistema do direito de família devem ser desenvolvidos para o bem-estar da criança, com ou sem a participação e ciência das crianças sobre eles.

Para os autores do artigo, o estudo junto ao sistema inglês identificou a necessidade de mudança cultural e organizacional, de maneira a abandonar a abordagem tradicional e paternalista dos direitos da criança. Não caberia mais compreender os direitos da criança somente em seu aspecto de proteção – realidade predominante dentre os países signatários da Convenção sobre os Direitos da Criança – e sim de uma maneira especial, a contemplar proteção e promoção.

O que se pretende demonstrar aqui é que diante das considerações acerca da natureza e escopo da participação, que parecem, em um primeiro momento, tanto quanto simplistas[213], é que não há, ainda, um consenso legal no que tange a materialização da participação nos procedimentos de direito internacional privado da família, sua operacionalização e, consequentemente do melhor interesse, considerando o artigo 12 da Convenção e outros a ele relacionados, como os artigos 4º, 13 e 17.

A indagação primária desse capítulo, sobre como analisar a efetivação do melhor interesse da criança e participação no direito internacional privado da família, sem que a parte substancial do artigo 12 fosse considerada pelos Estados-parte, permanece em aberto. Se passa, enfim, a analisar a implementação dos dispositivos da Convenção, em especial o status hierárquico da Convenção e as medidas de caráter político a serem adotadas pelo Estado com o fim de propiciar maior eficácia e efetividade aos dispositivos.

3.2 A Participação e sua implementação pelos Estados

Assim, a busca por uma abordagem ideal dos mecanismos de participação da criança nos procedimentos do direito internacional privado de família passa pela análise de como, no âmbito judicial e administrativo, integrar crianças em todos os processos e procedimentos que a elas digam respeito, considerando sua capacidade e desenvolvimento; e como implementar sua participação e o suporte nos procedimentos, em seu caráter dúplice, a partir da máxima de efetivação do melhor interesse.

---

[213] O uso da palavra simplista, que não deve ser confundida com simplória, advém da consideração de que tanto Convenção, quanto doutrina especializada ainda não consegue apontar, como na conceituação geral do princípio do melhor interesse, um consenso legal sobre a melhor forma de materializar a participação nos procedimentos de direito de família, à luz do artigo 12 e conexos na Convenção sobre os Direitos da Criança. E sim de identificarem a dificuldade, apontar a necessidade de treinamentos específicos para autoridades e sociedade, mas não efetivarem de fato tais. Acredito que esse ponto ficará mais claro no decorrer do capítulo.

Retomando nota de rodapé feita no primeiro capítulo dessa pesquisa, o Comentário Geral ao Artigo 12, traça as estratégias de implementação do direito de participação pelos Estados-parte da Convenção, estabelecendo um conjunto de níveis mínimos para a promoção desse direito. Seriam, enfim, necessárias cinco etapas para efetivar o direito da criança de ser ouvida em todas as matérias que a afete[214].

Para o Comitê, a primeira dessas etapas diz respeito à preparação. Como já destacado anteriormente, a criança deve ser informada da sua possibilidade de participação diretamente ou por meio de representantes, estando também ciente das consequências de sua escolha e implicando numa preparação prévia – da autoridade administrativa/judicial, e da criança - sobre o modo e procedimento de como essa participação se concretizará[215].

A segunda dessas etapas diz respeito à oitiva da criança. O contexto no qual a criança exercita o seu direito de ser ouvida deve ser facilitador, propício e encorajador, de forma que a criança possa ter certeza da disposição da autoridade responsável em seriamente considerar suas opiniões[216]. A terceira etapa diz respeita à aferição da capacidade da criança de formular suas opiniões, de maneira que seja dada a devida – e igual – relevância a essa no caso[217], não importando a forma de linguagem por meio da qual a criança se comunica.

Em sequência, a quarta etapa traduz a preocupação do Comitê quanto ao *feedback* dado à criança sobre o peso de sua opinião no caso, isto é, a garantia de que sua opinião não fora uma mera formalidade, mas um importante elemento decisório no processo, tendo como consequências a reiteração, revisão ou adição de fatos e opiniões por parte da criança[218]. É essa uma importante etapa na efetivação do melhor interesse, pois força a revisão legislativa no sistema dos Estados-signatários para garantir esse feedback, em constante diálogo entre autoridades responsáveis e criança.

Por fim, a quinta etapa, denominada *complaints, remedies and redress*, cuja intenção é, assim como a etapa anterior, proporcionar procedimentos e remédios processuais aos quais a criança possa recorrer quando sua opinião for injustificadamente ignorada ou violada pela autoridade responsável, implicando, por óbvio, na ciência da criança a quem e como ela deverá recorrer.

Uma importante observação é feita pela Comissão de que esses procedimentos e remédios não podem expor a criança ao risco de violência ou de punições. A mesma

---

[214] UNITED NATIONS, op. cit., p. 10.
[215] Ibid.
[216] UNITED NATIONS, op. cit., p. 10-11.
[217] Ibid. p. 11.
[218] Ibid. p. 11.

conclusão da quarta etapa sobre a importância e necessidade de mudança legislativa por parte dos Estados-signatários também se aplica a essa etapa.

Tanto é que essa conclusão se constitui para o Comitê, a obrigação central aos Estados-signatários, isto é, o direito a participação impõe a obrigação de revisão legislativa aos Estados, com a função de criar e/ou reformar mecanismos que permitam às crianças o acesso à informação, suporte e, quando necessário, *feedback* e procedimentos para reforma e validação de sua opinião[219]. Nesse aspecto, o item 49 do Comentário elenca as seguintes estratégias aos Estados para efetivar a participação:

> "(…) - Review and withdraw restrictive declarations and reservations to article 12; − Establish independent human rights institutions, such as children's ombudsmen or commissioners with a broad children's rights mandate; − Provide training on article 12, and its application in practice, for all professionals working with, and for, children, including lawyers, judges, police, social workers, community workers, psychologists, caregivers, residential and prison officers, teachers at all levels of the educational system, medical doctors, nurses and other health professionals, civil servants and public officials, asylum officers and traditional leaders; − Ensure appropriate conditions for supporting and encouraging children to express their views, and make sure that these views are given due weight, by regulations and arrangements which are firmly anchored in laws and institutional codes and are regularly evaluated with regard to their effectiveness; − Combat negative attitudes, which impede the full realization of the child's right to be heard, through public campaigns, including opinion leaders and the media, to change widespread customary conceptions of the child."[220]

O exposto reforça o papel do artigo 12 como *paramount principle*, guia na efetivação do princípio do melhor interesse, e sua relação com os demais artigos da Convenção sobre os direitos da criança, alguns já abordados no segundo capítulo dessa pesquisa. Nesse aspecto, o artigo 4º da Convenção dispõe que os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na Convenção. Por isso se afirma que o artigo 4º implica em uma obrigação positiva aos Estados para implementar os direitos civis e políticos da criança, ao mesmo tempo que permite uma progressiva realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, atribuídos aos recursos disponíveis[221].

O Comentário Geral n. 5[222], sobre as medidas gerais de implementação da

---

[219] UNITED NATIONS, op. cit., p. 11-12.
[220] Ibid., p. 12.
[221] PARKES, op. cit., p. 46.
[222] UNITED NATIONS, *General Comment No. 5* – General measures of implementation of the Convention of the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para.6), 2003. Disponível em: < http://repository.un.org/handle/11176/247127>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Convenção, dispõe, já em sua introdução, de que é fundamental assegurar que a legislação doméstica seja plenamente compatível com a Convenção, e que os princípios e provisões nela contidos sejam diretamente aplicados e apropriadamente reforçados, relacionando essa obrigação às contidas nos artigos 2º, 3º parágrafo 2º, dentre outros.

Não bastariam, tomando como base o sistema brasileiro de incorporação de tratados, a ratificação e promulgação da Convenção, ainda que um resultado indireto da ratificação universal da Convenção tenha sido o desenvolvimento de organizações nacionais de proteção e promoção dos direitos da criança. Aqui reside, um entrave à implementação substancial e procedimental do artigo 12 – e da participação – por parte dos Estados-signatários da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Como verificou-se na pesquisa promovida pela *Yale Law School*, é ínfima a porcentagem de países que preveem um sistema pleno para a participação da criança, considerando seu caráter substancial. Uma crítica comum, a qual o autor dessa pesquisa não concorda, é que a Convenção falha em não estabelecer expressamente a qual seria o método apto a concretizar os princípios individuais e provisões contidos em seu texto, na Constituição dos Estados.[223-224]. Se uma provisão geral se referindo à proteção do melhor interesse da criança seria suficiente; ou se elencar todos os direitos previstos na Convenção seria a melhor opção na técnica legislativa[225].

Diante dessa crítica, e antes de procurar traçar qualquer conclusão futura sobre, esse autor acredita que a análise deve partir do status hierárquico que a Convenção adquire nos Estados.

Na América Latina, por exemplo, a Convenção sobre os Direitos da Criança guarda status constitucional no Chile, podendo suas disposições serem invocadas perante os Tribunais, e eles contendo a obrigação de cumpri-las, garantindo, por fim, que todos tenham o direito de expressar sua opinião sem censura prévia. Já na Colômbia, todos os atos de governo devem ser dados com base na Constituição, que estipula serem os direitos da criança precedentes sobre outros, não fazendo menção expressa à Convenção, mas efetivando o melhor interesse.

---

[223] Ibid. p. 47.

[224] Importante destacar que o autor dessa pesquisa acredita que a omissão da Convenção sobre o método apto a concretizar princípios individuais e provisões, não implica em uma afirmação de que o texto convencional é falho. E sim de que a escolha de um método implicaria, por certo, em uma menor adesão, ou ainda em uma ratificação com reservas, sob a alegação de que o artigo que definisse o método de incorporação ferisse a ordem pública. Por outro lado, considerando que o princípio do melhor interesse é basilar, há dúvidas de que a exceção à ordem pública, por exemplo, seria plenamente alegável. Se acredita que até o final dessa pesquisa, tal comentário poderá ser solucionado.

[225] PARKES, op. cit., p. 47-48.

Por sua vez, a Constituição da África do Sul, contém em seus artigos seção específica para tratar os direitos da criança, a Seção 28[226], determinando, na alínea h do item 1, o direito da criança de ter representante, custeado pelo Estado, em procedimentos civis que a afetem; bem como expressamente garante no item 2 que o princípio do melhor interesse é basal em todas questões envolvendo as crianças. Não há, contudo, qualquer menção à participação direta, e sim uma valorização da corrente paternalista e assistencialista do melhor interesse, prevendo uma participação indireta e vinculada às políticas de assistência social.

A experiência brasileira, por exemplo, reproduz no artigo 227 da Constituição Federal[227], alterado pela Emenda Constitucional n. 65, o dever da família, da sociedade e do estado de assegurar à criança direitos fundamentais como liberdade, dignidade, educação e saúde. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º assegura às crianças todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Pressupõe-se, que estariam abrangidos, indiretamente, o princípio do melhor interesse, bem como o da participação.

Na prática, as crianças não possuem as mesmas oportunidades que os adultos para acesso e defesa de seus direitos. O que não implica, no entanto, em afirmar que a Convenção é falha e deveria ter imposto obrigação de reforma legislativa e constitucional aos Estados. O ponto focal da discussão estaria a analisar o meio para efetivar a participação direta e indireta, substancial e procedimental da criança nos procedimentos administrativos e judiciais dos países signatários, em consequência, a efetivação do melhor interesse.

O Comentário Geral 5[228], em seu tópico IV, sobre as medidas legislativas, inicia estabelecendo que a revisão deve considerar não apenas em seus artigos, mas de maneira holística, reconhecendo a interdependência e indivisibilidade dos Direitos Humanos, de maneira contínua. Para o Comitê, a incorporação das provisões da Convenção deve permitir que elas sejam diretamente invocadas nas instâncias administrativas e judiciais, sendo plenamente aplicáveis pelas autoridades nacionais e superiores à lei doméstica, sob a ótica do artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados[229].

---

[226] CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996 - *Chapter 2*: Bill of Rights. Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constituition/chapter-2-bill-rights#28> Acesso em: 20 de jun. 2017.

[227] 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. (BRASIL, 2010).

[228] UNITED NATIONS, op. cit., 2003, p. 6.

[229] Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (BRASIL. *Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.* Promulga a Convenção de Viena sobre o

Na visão deste autor, há uma perigosa incoerência na interpretação do Comitê, uma vez que abre aos Estados-parte, a alegação de ofensa à ordem pública, sob interpretação do artigo 46 da mesma Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados. Indaga-se, por exemplo, se teria sido mais prudente, por exemplo, de que em caso de conflito entre os dispositivos da Convenção e da lei nacional, a Convenção trouxesse expressamente a sua prevalência.

Diante da ausência de estudos sobre e de maneira a incitar uma sistematização doutrinária do tema, para o autor dessa pesquisa duas vertentes surgiriam daí. A que entende ser uma janela de oportunidade perdida por parte da Convenção, que deveria prever a incorporação expressa dos princípios nas Constituições, a qual se guarda justificadas reservas. E a que transfere aos Estados-parte a responsabilidade indireta de fazer as reformas legislativas necessárias, encaradas aqui como medidas de caráter político com o fim de propiciar mais eficácia e efetividade aos e deveres previstos na Convenção.

Nesse aspecto, em estudo realizado pelo UNICEF[230], com 50 países signatários[231], foi verificado que a Convenção sobre os Direitos da Criança havia sido incorporada pelos países em três diferentes formas: de forma automática, devido às disposições legais constitucionais; advinda de uma reforma constitucional; e por fim, por meio de lei específica[232]. O Estudo revelou ainda que aproximadamente um terço desses, em especial, países da América Latina e da Europa, incorporaram expressamente provisões sobre a proteção e promoção dos direitos da criança em suas cartas constitucionais; ou por meio de decisões das cortes supremas desses países.

A pesquisa considera que todas essas opções legislativas são válidas, e componentes essenciais em uma abordagem holística de proteção dos direitos da criança. Todavia, a reforma gradual da legislação dos Estados-parte é insuficiente, uma vez que essas regulações reforçam o papel de agentes do estado e agências públicas, não fornecendo base para que os

---

Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 10 out. 2017).

[230] UNICEF. *Summary Report of the Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*. Florence, Italy: UNICEF, 2004. Disponível em: < https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/CRC_Impact_summaryreport.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2017.

[231] Foram pesquisados: Argentina, Bangladesh Ruanda, África do Sul, Coréia do Sul, Espanha, Sri Lanka, Sudão, Síria, Suécia, Tunísia, Ucrânia, Reino Unido, Vietnã, Iémen, Bielorrússia, Bélgica, Bolívia, Burkina Faso, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Chipre, República-Tcheca, Dinamarca, Equador, Egito, Etiópia, Fiji, Finlândia, França, Georgia, Alemanha, Guatemala, Honduras, Islândia, Índia, Indonésia, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Líbano, Líbia, México, Marrocos, Nepal, Holanda, Nova Zelândia, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Paquistão, Panamá, Paraguai, Filipinas, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia, Ruanda, Togo.

[232] UNICEF, op. cit., 2004, p. 3.

direitos da criança sejam defendidos por civis[233]. Ainda, a pesquisa concluiu que princípios basilares da Convenção, como o do direito de participação da criança, são respeitados somente em casos específicos, isso é, mediante provocação ao sistema judiciário ou administrativo; e não de maneira geral em todos os procedimentos, como sua função.

Tomando por base a afirmação feita no capítulo anterior de que a Convenção contém normas que parecem ser autoexecutáveis e outras que exigiriam a sistematização de medidas políticas, Jacob Dolinger[234-235] aponta sobre a dificuldade de conceber a entrada em vigor de dispositivos de um tratado que determinam aos Estados-parte legislar em determinado sentido, o qual o autor dessa pesquisa concorda. Porém não invalida que Estados tomem medidas de caráter político, a envolver Executivo, Legislativo e Judiciário, para maior efetividade e eficácia dos dispositivos convencionais, com fulcro sempre no melhor interesse da criança.

Sobre esse último apontamento, se deve considerar também a variável da falta vontade política para implementar reformas que tornem a Convenção mais eficaz, trazida por Gunawardana, em 1997, e que condiz com a pesquisa da *Yale Law School*, de 2005. Nas fontes de pesquisa utilizadas, como a de Parkes[236], de 2013, há poucos exemplos sobre legislações nacionais que promoveram mudanças legislativas com o fim de dar mais eficácia aos dispositivos da Convenção e codificar, de maneira direta, a legislação de promoção e proteção dos direitos da Criança, dentre eles o da participação.

Em específico à participação, dentre esses Estados-parte está Myanmar, sob influência e apoio do UNICEF[237], contendo disposições expressas sobre a participação da criança, compreendida até os 16 anos, desde que seja capaz de expressar suas opiniões de acordo com a sua idade, devendo igualmente ser considerada pelas autoridades competentes, por meio de representante ou de forma direta, incorporando todos os direitos previstos no artigo 12 da Convenção. No entanto, de maneira diametralmente oposta, não há a possibilidade da aplicação direta dos dispositivos da Convenção, uma vez que, até o presente

---

[233] UNICEF, op. cit., 2004, p. 4.

[234] DOLINGER, op. cit., p. 86-89.

[235] O autor traz como casos paradigmas a discussão introduzida por Asoka De Z. Gunawardana, na reunião anual da Sociedade Americana de Direito Internacional, em 1997, ao destacar que pouquíssimos países haviam promovido reformas legislativas para se adequar às normas da Convenção, tendendo para a explicação da eficácia das normas, *soft* e *hard law*, a qual concordamos; e a, digna de repúdio, decisão da Corte de Cassação da França, que definiu não serem aplicáveis as disposições da Convenção perante os tribunais, por entender que elas só criariam obrigações dirigidas aos Estados-parte, não sendo diretamente aplicáveis em direito interno.

[236] PARKES, op. cit, p. 53-54.

[237] Nesse sentido: Myanmar – Child protection. Strengtheing Legislationa. Disponível em: < https://www.unicef.org/myanmar/protection_24172.html>. Acesso em: 25 jun. 2017.

momento não houve sua incorporação por parte do Estado[238].

A África do Sul, por sua vez, também entende que os dispositivos da Convenção devem ser incorporados à sua legislação nacional para serem diretamente aplicáveis. Todavia, o artigo 39 da Constituição da África do Sul determina que as esferas administrativas e judiciais devem considerar a legislação internacional quando interpretando a sua carta de direitos, fazendo com que a Convenção seja amplamente aplicada[239] como fonte interpretativa e principiológicas.

Em outro aspecto, os artigos 8(2)[240] e 91(1)[241] da Constituição polonesa prevê que os acordos internacionais, incluindo a Convenção dos Direitos da Criança, são fontes da lei polonesa e, portanto, podem ser diretamente aplicados pelo sistema judiciário, com o artigo 91(2) indo além ao prever que tratados são superiores à legislação doméstica no caso de conflitos legais. No entanto, quanto às revisões periódicas previstas e promovidas pelo Comitê, desde 2002, a Polônia não envia dados para avaliação, sendo entendido como pontos de observação os relacionados à violência doméstica, responsabilidade criminal, refugiados e menores desacompanhados.

O status de norma supralegal das Convenções também é adotado pela Costa Rica[242], guardando semelhanças quanto à lenta adaptação de seu sistema legal aos dispositivos. No caso costa-riquenho, o Comitê alerta para a inexistência de controle e monitoramento estatal no que tange aos mecanismos privados de adoção internacional; e ao tráfico internacional de crianças; não existindo no primeiro caso qualquer aplicação da participação da criança e do princípio do melhor interesse.

A título comparativo, o Belize, outro Estado da América Central, adota na Seção 65(b) do seu Ato de intepretação, a preferência por legislações compatíveis com as obrigações internacionais assumidas. Ainda que os a Convenção não possa ser aplicada

---

[238] CRIN. *Myanmar:* National laws. Disponível em:< https://www.crin.org/en/library/publications/myanmar-national-laws> Acesso em: 25 jun. 2017.

[239] CRIN. *Sout Africa:* National laws. Disponpivel em:< https://www.crin.org/en/library/publications/south-africa-national-laws> Acesso em: 25 jun. 2017.

[240] THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND, 1997. *The Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland.* The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise. Disponível em: < http://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 25 jun. 2017.

[241] After promulgation thereof in the Journal of Laws of the Republic of Poland (Dziennik Ustaw), a ratified international agreement shall constitute part of the domestic legal order and shall be applied directly, unless its application depends on the enactment of a statute. - http://www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/

[242] CRIN. *Costa Rica:* National laws. Disponível em:< https://www.crin.org/en/library/publications/costa-rica-national-laws> Acesso em: 20 de jun. 2017.

diretamente, o Ato das Famílias e Crianças[243] do Belize incorporou os dispositivos da Convenção na legislação nacional, com as Cortes do país aplicando esses dispositivos no lugar da lei doméstica diante da existência de conflitos legais. Não há, no entanto, dispositivo sobre a participação da criança no sistema judicial e administrativo.

Já na Irlanda, por sua vez, tratados ratificados pelo Estado, não são diretamente aplicáveis, não integrando a legislação nacional irlandesa. Assim, esses tratados devem ser incorporados via legislação específica com o fim de atribuir-lhes força normativa. No entanto, a Convenção é usada como parâmetro interpretativo pelas cortes na aplicação da lei constitucional e da legislação doméstica[244]. Dentre os artigos da Constituição da Irlanda que tratam sobre os direitos da criança não há menção à participação, seja de maneira direta ou via representantes. Por sua vez, quanto à área da adoção internacional, a crítica do Comitê é de que o princípio do melhor interesse não estava sendo observado.

A Holanda, por meio dos artigos 93 e 94 de sua Constituição dispõe que tratados ratificados, incluindo a Convenção sobre os Direitos da Criança, se tornam parte da lei nacional com a sua publicação, sendo hierarquicamente superiores às regulações estatutárias[245]. No entanto, somente as provisões autoexecutáveis são aplicáveis.

Já a França[246], no artigo 55 da Constituição de 1958, determina que os tratados ratificados prevalecem sobre os atos do seu Parlamento. Todavia, como indicado na nota de rodapé 216, a Corte de Cassação francesa entende não serem aplicáveis as disposições da Convenção perante os tribunais, por entender que elas só criariam obrigações dirigidas aos Estados-parte, não sendo diretamente aplicáveis em direito interno.

Demonstrando uma visão diferente, o artigo 28 da Constituição grega[247] reconhece a Convenção sobre os direitos da criança como parte da legislação doméstica, prevalecendo perante a lei nacional em caso de conflitos. Assim, pode ser alegada diretamente perante instâncias judiciais e administrativas, em razão do país considerar que as disposições da Convenção contêm características autoexecutáveis.

---

[243] BELIZE. *Families and children act*. Chapter 173. The subsidiary laws of Belize as at 31st octuber, 2003. Disponível em: < https://www.oas.org/dil/Families_and_Children_Subsidiary_Act_Belize.pdf> Acesso em: 20 jun. 2017.

[244] CRIN. *Ireland:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/ireland-national-laws> Acesso em: 20 jun. de 2017.

[245] CRIN. *Netherlands:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/netherlands-national-laws> Acesso em: 21 jun. de 2017.

[246] CRIN. *France*: National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/france-national-laws.> Acesso em: 21 jun. de 2017.

[247] CRIN. *Greece:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/greece-national-laws> Acesso em: 21 jun. de 2017.

Como exemplos da Oceania, Austrália[248] e Nova Zelândia[249], ainda que tenham ratificado a Convenção sobre os Direitos da Criança, não a incorporaram em sua legislação doméstica, podendo os dispositivos da Conveção, contudo, ser usada como fonte interpretativa. No caso australiano, em 2012, foi aprovada uma legislação nos níveis federal e nacional com o fim de dar efeito aos dispositivos da Convenção. No entanto, devido à falta de um ato compreensivo sobre os direitos da Criança, não há possibilidade de aplicação no nível doméstico. É oportuno destacar que a Convenção já foi usada em *leading cases* na Austrália para aplicação do princípio do melhor interesse[250]

Sobre o Paquistão[251], o país fez severas reservas quando da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo amplamente condenado pelo Comitê sobre suas práticas exclusivas e discriminatórias para com as crianças; desconsideração de sua participação em procedimentos judiciais e administrativos; bem como denúncias de maus tratos e tortura para com as crianças.

Panorama diferente se dá no Afeganistão[252], no qual o artigo 7 da Constituição obriga o Governo a observar os tratados de direitos humanos ratificados; enquanto que o artigo 94 reconhece esses documentos como fonte legal, todavia não dispõe sobre sua hierarquia. Tomando por base a Lei de Tratados Internacionais (1989), a doutrina aponta pela superioridade da lei nacional em relação à Convenção, não havendo, enfim, qualquer menção aos direitos nela protegidos.

Em suma, o que se pretende demonstrar aqui é a multiplicidade de soluções legislativas dentre os Estados-parte sobre o status hierárquico da Convenção e a efetivação dos direitos nela contidos, a contribuir para um dos objetivos desse capítulo, qual seja dialogar sobre a efetividade da Convenção. Em alguns Estados, a Convenção seria plenamente aplicável, em razão dos conteúdos principiológicos contidos em seus artigos. Em outros países, a aplicação dos dispositivos convencionais estaria vinculada a uma reforma constitucional, permitindo a aplicação dos dispositivos convencionais; e, por fim, legislação específica com o fim de regulamentar a Convenção e os direitos e deveres nela

---

[248] CRIN. *Australia:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/australia-national-laws> Acesso em: 21 de jun. 2017.

[249] CRIN. *New Zealand:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/publications/new-zealand-national-laws> Acesso em: 21 jun. de 2017.

[250] Nesse aspecto, indica-se: Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh; e Tien and Others v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs.

[251] CRIN. *Pakistan:* National laws. Disponível em: < https://www.crin.org/en/library/publications/pakistan-national-laws> Acesso em: 21 de jun. 2017.

[252] CRIN. *Afghanistan:* National laws. Disponível em: < https://www.crin.org/en/libary/publications/ afghanistan-national-laws>. Acesso em: 21 jun. 2017.

contidos[253]. E, novamente, esse autor tende a entender que essa multiplicidade de soluções contribui para certa popularização dos direitos e deveres contidos na Convenção nas ordens nacional e internacional; bem como de sua efetividade.

Um ponto em comum aos países é a ausência de disposições específicas sobre o direito de participação da criança em procedimentos administrativos e judiciais, o que nos leva a entender certa fragilidade da proteção desse – e, portanto, do melhor interesse – nos Estados-parte da Convenção.

Ainda que, de acordo com os relatórios periódicos do Comitê sobre os Direitos da Criança, seja notável o avanço nos Estados-parte no sentido de materializar a Convenção em seus sistemas legislativos, esse se dá de forma lenta e múltipla, fortalecendo o argumento daqueles que consideram a criação de um status legal único como um meio de fornecer maior segurança à promoção e proteção dos direitos contidos na Convenção[254], o qual se tem severas dúvidas sobre.

Por outro lado e em uma visão mais ponderada, se o artigo 41 da Convenção[255] determina que seus dispositivos não afetarão as disposições dos Estados-parte que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança, não haveria que se pugnar por um status legal único a todos os dispositivos da convenção, já que o mínimo necessário à proteção do melhor interesse – e, consequentemente, da participação – estaria, em tese, garantido, por meio de normas autoaplicáveis.

Concorda-se com o estudo do UNICEF[256] de que uma excessiva dependência em medidas de caráter político como decretos, regulações e programas sem uma real reforma legislativa, implica em uma dependência apenas um dos poderes – o Executivo. Uma abordagem mais abrangente – e monista – que reconhece a Convenção ratificada como norma incorporada ao sistema, implicaria no envolvimento dos três poderes, de maneira que tanto a reforma legal, quanto os decretos regulatórios, e o sistema judiciário se adaptassem aos dispositivos da Convenção, diminuindo a dependência do poder Executivo. Todavia, esse autor acredita que impactaria diretamente na ratificação da Convenção e, por consequência, na importância de se reconhecer e aplicar os direitos da criança ali contidos.

---

[253] Esse contexto leva esse autor a crer, apoiado ainda nas considerações de Dolinger feitas em capítulo anterior que a Convenção permite uma interpretação dualista de seus artigos, isso é, alguns autoexecutáveis; e cuja eficácia e efetividade estariam vinculados à medidas de caráter político, como se verá ao final desse capítulo.

[254] PARKES, op. cit., p. 53.

[255] "Art. 41. Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado." (BRASIL, 1990).

[256] UNICEF, op. cit, 2004, p. 4.

É válido influir que muito embora se compreenda que o melhor interesse e a participação tenham um claro caráter principiológico, é possível afirmar que a efetivação desses está relacionada a medidas de caráter político, vinculadas à sua eficácia e sua efetividade. Nesse sentido, o Comitê, no Comentário Geral de nº 5, elenca as medidas políticas que julga apropriadas para a implementação da Convenção nos Estados-parte, a envolver Poderes Legislativo e Executivo.

Primeiramente está o desenvolvimento de uma estratégia nacional focada na Convenção, de maneira única, compreensiva e baseada em direitos[257]. Para o Comitê, a efetividade dessa estratégia está condicionada à participação das crianças em sua elaboração, bem como o conjunto de direitos previstos no texto convencional, sobre o espectro de um plano de ação, e não apenas intenções ou uma carta de estratégias.

A segunda observação, o qual se guarda algumas críticas, se relaciona a uma coordenação dos Estados na implementação dos direitos da criança entre os diferentes entes federativos. Para o Comitê, o propósito dessa coordenação estaria dividido em dois aspectos: garantir o respeito dos princípios, direitos e deveres previstos na Convenção em todas as esferas[258], todavia esse não parece considerar os Estados unitários; e garantir que os direitos da criança permeiem todas as áreas governamentais, e não somente as tradicionais como educação, saúde e assistência social.

Assim, departamentos como de planejamento, justiça, políticas públicas, dentre outros estariam envolvidos na proteção e promoção desses direitos. Sobre esse último aspecto, já se trata de um aspecto existente nas federações e nos Estados unitários, bastando de fato a coordenação desses fatores.

A terceira estratégia concentra-se na descentralização, federalização e delegação[259], atribuídos à proteção e promoção dos direitos da criança, não concentrando sua competência apenas em um Governo Central ou um poder, e sim dentre todos os poderes da federação. Novamente, essa estratégia não se aplica aos Estados unitários ratificadores da Convenção.

A quarta medida se relaciona ao impacto que o processo de privatização de serviços, abrangendo empresas, organizações não-governamentais e associações privadas, pode ter no reconhecimento e realização dos direitos da criança. Um exemplo que se relaciona a essa medida diz respeito às agências privadas de adoção internacional, cuja consideração ao princípio do melhor interesse da criança pode ser ignorada em detrimento de serviços

---

[257] UNITED NATIONS, op. cit, 2003, p. 8.
[258] UNITED NATIONS, op. cit., 2004, p. 9.
[259] UNITED NATIONS, op. cit., 2004, p. 10.

financeiros.

A quinta medida[260] diz respeito ao monitoramento da implementação da Convenção, de maneira a garantir que o melhor interesse da criança seja a consideração primária, bem como que todas as provisões da convenção sejam respeitadas pela legislação e políticas públicas de desenvolvimento. O monitoramento se daria tanto pelo Governo, quanto por órgãos independentes e em todas as esferas governamentais. Essa medida relaciona-se à próxima, sobre obtenção de indicadores capazes de medir a evolução na implementação dos dispositivos da Convenção, assim como à visibilidade da proteção e promoção dos direitos da criança em orçamentos governamentais.

A próxima recomendação relaciona-se à necessidade de treinamento e capacitação dos agentes do Estado, bem como da sociedade civil para agirem como propagadores dos direitos da criança previstos na Convenção. O propósito do treinamento, para o Comitê, é enfatizar o status da criança como detentora de direitos humanos, ampliando o conhecimento e compreensão sobre os direitos contidos na Convenção e encorajando uma postura ativa de respeito às suas provisões[261]. Compreende-se aqui também uma outra medida, qual seja a cooperação com a sociedade civil, uma vez que a participação da criança compreende processos em todas as esferas, administrativas e judiciais, sendo crucial o engajamento social e das organizações civis para a eficácia desse.

Por sua vez, o artigo 4º da Convenção enfatiza que a sua implementação é um exercício cooperativo dos Estados, ressaltando a necessidade da cooperação internacional entre eles[262]. Ainda nesse aspecto, a promoção de instituições independentes de proteção e promoção dos direitos da criança auxiliaria na formação de uma rede dentre os Estados-parte, bem como de atuação complementar às estruturas governamentais voltadas para os direitos da criança.

De maneira geral, as recomendações do Comitê focam, na visão desse autor, em imprimir uma visão sistêmica aos dispositivos da Convenção e dos direitos e ações ali contidos, engajando Governo e Sociedade Civil. Isso convém ao fato de que a implementação da participação e, consequentemente, da efetivação do melhor interesse nesses mecanismos é um processo contínuo, a reconhecer o papel ativo da criança na elaboração de políticas públicas e reformas legislativas.

Ainda, a constatada lentidão pelos Estados-parte da Convenção em promoverem

---

[260] UNITED NATIONS, op. cit., 2003, p. 11.
[261] Ibid. p. 13.
[262] Ibid. p. 14.

medidas de caráter político sobre os direitos da criança para maior efetividade e eficácia desses corrobora com o fato de que as barreiras à efetivação do melhor interesse nos mecanismos de participação não estão conexas somente à hierarquia normativa da Convenção, e sim à já relutante condição que reconhece a criança como um mero objeto de proteção, se sujeitando à autoridade dos adultos; e não como um sujeito de direito[263].

Essa última afirmação necessita ainda de considerar que a efetivação do melhor interesse nos mecanismos de participação está condicionada a medidas de caráter político, vinculadas à eficácia e efetividade desses direitos; e a um direito de participação reconhecido o seu caráter dúplice, substancial e procedimental.

Reconhecer que a participação e, consequentemente, o melhor interesse da criança são dispositivos autoexecutáveis parece ser a melhor compreensão dada à indagação primária desse capítulo a garantir a promoção e proteção dos direitos da criança.

Por conseguinte, o artigo 3º, que aborda o melhor interesse da criança, é usualmente interpretado de maneira desconexa do 12 pelos Estados, quando, no entanto, exercem papéis complementares e de dependência. O primeiro estabelece o objetivo de atingir a proteção dos interesses da criança em sua melhor forma; enquanto que o segundo, sobre a participação, fornece a forma e implica na adoção por parte dos Estados ratificadores de medidas políticas holísticas a garantir sua eficácia e eficiência[264].

Não há uma escolha, uma abordagem única a ser feita que irá garantir as reformas legislativas necessárias nos sistemas dos Estados-parte para implementar o artigo 12 da Convenção. A falta dessa abordagem, contudo, não deve ser encarada de maneira negativa. Concluir que, para garantir a efetivação da parte substancial do artigo 12, seria necessária uma hierarquia única para a Convenção é, na visão desse autor, errônea.

A multiplicidade de arranjos legislativos e intepretações condiz com a deliberação indefinida do princípio do melhor interesse e permite uma maleabilidade necessária para transpor as barreiras à implementação do direito à participação, que continuarão a existir em um cenário de médio prazo. Os dados trazidos nesse capítulo, e nos anteriores, reforçam essa multiplicidade, que não impede a aplicação conjunta do artigo 3º e do artigo 12 por muitos desses países, ainda que a liberalidade dos Estados seja um fator consideravelmente influente na abordagem

---

[263] Essa constatação tende a contribuir com o fato do Comitê ter inserido em várias de suas recomendações a necessidade de capacitação de órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário; bem como da sociedade civil, com o fim de capacitá-los à proteção e promoção dos direitos da criança.

[264] UNITED NATIONS, op. cit., 2003.

O foco central para o próximo capítulo é, de fato, analisar como os inúmeros elementos do artigo 12, e seus mecanismos, foram sintetizados no direito internacional privado da família para, enfim, concluir sobre a efetivação ou não do melhor interesse da criança nesses.

CAPÍTULO 4 – A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA

O Comentário Geral ao artigo 12 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Criança, em seu item sobre a implementação do direito de participação em diferentes cenários e situações, oferece-nos um bom início de análise dos mecanismos de participação no direito internacional privado da família e, consequentemente, da efetivação do melhor interesse a partir da ótica das decisões tomadas no âmbito familiar.

O Parágrafo 90 do Comentário define que a família é o ambiente no qual a criança pode livremente expressar suas opiniões, sendo essas consideradas desde os estágios iniciais de seu desenvolvimento[265], servindo de modelo e preparação para a atuação participativa da criança na sociedade.

A família é, enfim, o primeiro ambiente democrático com o qual a criança tem contato e é um grupo fundamental da sociedade e um ambiente natural para o crescimento e bem-estar das crianças, devendo receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade em que estão inseridas[266].

Não há campo mais precípuo para a participação do que a família. Não se visualiza analisar a participação, por meio da efetivação do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, em institutos como o da adoção internacional e guarda internacional sem, contudo, trazer uma breve análise de sua promoção no instituto da família.

Para tanto, esse capítulo tem por objetivo maior analisar a efetivação do melhor interesse nos mecanismos do direito internacional privado da família. Para tanto, em um primeiro momento, analisará a participação da criança no instituto da família. Em seguida, analisar-se-á a participação da criança em temas relevantes ao direito internacional privado, em especial subtração internacional; adoção internacional e guarda internacional.

Retomando, a participação, em seu caráter dúplice, implica, necessariamente em uma postura ativa por parte dos Estados e sociedade, como forma de promoção e proteção dos direitos da criança, e em concordância com o princípio do melhor interesse. Assim, os Estados-parte, a partir da inteligência do artigo 18 da Convenção, assistência aos pais, guardiões, isto é, a quem detenha o poder familiar, a suportar crianças no processo de

---

[265] UNITED NATIONS, op. cit., 2009, p. 18-19.

[266] BRASIL, 1990. *Decreto n. 99.719 de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

participação e tomada de decisão dentro do âmbito familiar.

Os programas, listados no parágrafo 93 do Comentário[267], encorajam os Estados-parte a promoverem programas educacionais, com o fim de abordarem a relação familiar entre pais e crianças; o envolvimento da criança no processo de tomada de decisão; a importância da participação da criança; e os meios de resolução de conflitos dentro do ambiente familiar, envolvendo a criança.

Há aqui a intenção por parte do Comitê, e da Convenção, de demonstrar que a participação da criança se dá de forma orgânica, inserida nas tomadas de decisão familiares, de maneira compartilhada, positiva e responsável entre pais e crianças, isto é, de forma substancial. O artigo 5º da Convenção[268], prevê que toda essa política está vinculada à consideração dos costumes locais, bem como ao dever parental de educação e desenvolvimento da criança.

Assim como na necessidade de medidas políticas e reformas para a implementação e promoção do direito de participação das crianças nos Estados-parte de maneira a efetivar o princípio do melhor interesse, há, no âmbito familiar, diversas barreiras a serem transpostas. A tradicional visão de crianças como seres em desenvolvimento e aptas somente a proteção – e não participação – comum em alguns dos Estados-membros, condizendo com uma visão apenas procedimental da participação, pode interferir no real significado de envolver a criança no processo de decisão[269], uma vez que o compartilhar de responsabilidades implicaria, para eles, uma ameaça ao poder familiar.

Parkes[270] preleciona que o artigo 12 não reconhece o direito da criança de tomar suas próprias decisões, e sim de que ela deve se envolver no processo de tomada de decisão como um membro da sociedade. Ainda que haja uma didática inferência da leitura do artigo, essa leitura é restrita, uma vez que restringe a participação por meios indiretos, usual em procedimentos de direito internacional privado de família, por exemplo. Alguns exemplos trazidos nos capítulos anteriores dessa pesquisa – como os clubes de participação – são hábeis a comprovar que a criança é capaz, com sua participação e esclarecimentos, de tomar decisões para consigo mesma, não ameaçando o exercício do poder familiar.

---

[267] UNITED NATIONS, op. cit., 2009, p. 19.

[268] Art. 5º. Os Estados-parte respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.

[269] PARKES, op. cit.

[270] Ibid. p. 74-75.

Outra barreira apontada por Parkes[271] diz respeito à natureza privada das relações familiares. De maneira expressa, a Convenção, ainda que um compromisso internacional firmado pelo sujeito competente Estado, deve ser compreendida como uma obrigação da sociedade. Ao Estado cabe, além de, na sistemática convencional, prestar informações periódicas sobre o cumprimento da Convenção, incentivar, por meio de políticas públicas e reformas legislativas, a participação da criança em todas as esferas, não somente aquelas compreendidas nas prestações jurisdicionais e administrativas.

Trata-se da cultura da participação, diretamente encorajando crianças e detentores do poder parental a promover os direitos da criança e efetivar o melhor interesse. A mudança de paradigma ocorre quando pais[272] saem de um papel de guardiães, tradicionalmente limitando as decisões nas quais a criança estaria figurativamente envolvida, uma vez que sua voz não é considerada no processo de decisão, sob a justificativa de que essas decisões estariam de acordo com o seu melhor interesse; para um cenário de incentivadores, de compartilhar decisões.

Nesse aspecto, cabe aos Estados-parte, em respeito aos compromissos adotados para com os direitos e deveres contidos na Convenção, encorajar os membros do núcleo familiar a respeitar e incentivar a participação das crianças em todas as decisões que lhes digam respeito.

Por isso se afirma que, a aplicação do artigo 12 e, em consequência, do melhor interesse para a criança, pressupõe, como destacado no capítulo anterior, engajamento holístico de todos os poderes e da sociedade. A compreensão de que os direitos civis se iniciam na família, contribui, diretamente, para incentivar um ambiente livre de participação. Encoraja, ainda, crianças a participarem em decisões fora desse ambiente, como os envolvendo o direito internacional privado da família.

É a partir desse último aspecto que segue o desenvolvimento – e afunilamento - do capítulo, a trabalhar a participação da criança nos procedimentos judiciais e administrativos de direito de família. Não resta dúvida de que, diante das críticas procedidas de que a participação da criança nas decisões familiares estaria na esfera privada, os procedimentos judiciais seriam os mais precípuos para a participação da criança. Com o desenvolvimento e incentivo de uma nova perspectiva para a solução de conflitos de maneira alternativa, todavia e como se verá nesse capítulo, os procedimentos administrativos juntam-se aos judiciais e

---

[271] PARKES, op. cit., p. 76-78.

[272] A utilização da nomenclatura pais durante essa pesquisa é uma escolha didática do autor, a compreender todos aqueles que detém o poder parental, sejam eles guardiães, parentes de 2º grau, tutores, etc.

passam a ser aptos à participação da criança.

O que há de comum é que, diferentemente do âmbito familiar, a participação judicial e administrativa envolve, inequivocamente, uma decisão de autoridade, representante estatal, sendo imperativo, a partir da leitura e do todo afirmado até aqui sobre o artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança, a participação da criança, o direito de ser ouvida, o seu envolvimento nos processos de tomada de decisão que a ela digam respeito, como uma efetivação do melhor interesse.

Retomando de maneira breve alguns conceitos já trazidos em capítulos anteriores, é ínfima a parcela dos Estados-parte da Convenção que contenham disposições expressas sobre a participação da criança nos procedimentos de direito de família. Ainda que com o advento da Convenção, e do seu artigo 3º combinado com o artigo 12, a participação tenha sido alçada a um aspecto de direito intrínseco ao novo status da criança, é certo que a realidade demonstra que o futuro das crianças é definido por adultos.

Os críticos para justificar esse cenário usam o argumento de que a criança é muito sujeita à manipulação ou de que, em processos litigiosos de direito de família, passíveis de serem facilmente alienadas pelos pais[273]. Por isso, deveria haver um agente para que a opinião da criança seja assimilada, interpretada e, enfim, apresentada à autoridade responsável por meio de um profissional habilitado, isto é, uma participação indireta. Ainda, a participação direta poderia levar a problemas psicológicos, reflexo da litigiosidade potencial nos assuntos familiares.

Essa visão confronta o fato de que a criança é um sujeito de direitos e, portanto, necessita de comunicação nos assuntos que a ela digam respeito. Há na Convenção, em seu artigo 12, subparágrafo 1, e nos comentários por parte do Comitê grande preocupação de que a participação, qualquer que seja a sua forma, respeitará o desenvolvimento e capacidade da criança, considerando também todos os meios de comunicação possível.

Exemplificando em nível regional, a recomendação 1864 da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu,[274] sobre a promoção da participação da criança, é clara ao estabelecer que todas as decisões tomadas referentes à criança, às suas opiniões, desejos e sentimentos devem ser tidos em consideração segundo a sua idade e grau de maturidade. Ainda, a recomendação estabelece que a participação da criança deve influenciar decisões em todas

---

[273] CASHMORE, Judy; PARKINSON, Patrick. Children's participation in family law disputes: The views of children, parents, lawyers and counsellors. *Family Matters*, 2009, n° 82, 15-21.

[274] Recomendação 1864 (2009), Assembleia Parlamentar - Conselho da Europa. Promoção da participação das crianças nas decisões a seu respeito In. PARKES, op. cit., p. 91.

as áreas e particularmente na vida familiar, adoção e acesso à justiça e respectiva administração.

Legalmente, é a conjunção dos artigos 3º, 12, subparágrafos 2° e 9º, subparágrafo 2° da Convenção sobre os direitos da Criança, que provê terem as crianças o direito de participar em todas as decisões que a elas digam respeito como parte interessada, de maneira direta ou indireta, devendo as legislações nacionais incluírem essa previsão. Não se trata, na visão desse autor, de uma possibilidade de participação facultada à vontade da autoridade; e sim de uma obrigação pelas autoridades competentes de consultar a criança sobre. Uma conjunção advinda do melhor interesse e da participação em seu caráter substancial e procedimental.

Finda qualquer dúvida remanescente sobre a possibilidade de participação no direito de família, esse capítulo avança sobre as formas diretas e indiretas de participação.

Parkes[275], ao abordar a participação direta, lista como duas as possibilidades de participação: em salas de audiência, ou no gabinete do magistrado, ambas por meio de entrevistas judiciais. Essas, mais comuns no sistema inquisitorial do *Civil Law* e com tendência a não serem bem incorporadas no sistema de *Common Law* para Caldwell[276]. Isso por que o sistema inquisitorial se organiza como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo, com preponderância do princípio inquisitivo[277]. Enquanto que, no modelo adversarial, que assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja função é a de decidir[278], sendo a maior parte da atividade processual desenvolvida pelas partes e o princípio dispositivo o preponderante.

Há aqui, diante da opção da Convenção de delegar aos Estados-parte as reformas necessárias – o que, por um lado, é sinônimo de liberdade e adaptabilidade dos dispositivos convencionais – coloca a participação direta em um âmbito de discricionariedade, vinculada ao livre convencimento judicial e à visão de proteção da criança dos riscos referentes ao litígio, tendo como consequência a falta de transparência envolvendo essa e riscos à

---

[275] PARKES, op. cit., p. 93-97

[276] CALDWELL, J. common Law Judges and Judicial Interviewing in. Chuld and Family Law Quaterly, 2011, p. 41-62 *apud.* PARKES, op. cit., p. 93.

[277] Nesse aspecto, concordamos com Fredie Didier Jr. de que a afirmação sobre o modelo adversarial-dispositivo se relaciona a regimes não-autoritários; e que o inquisitivo se relaciona a regimes intervencionistas é deveras simplista e generaliza ambos princípios. Como bem diz o autor, "nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário".

[278] DIDIER JR, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In. *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80945/tres_modelos_direito_didier_jr.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

consecução do melhor interesse.

Remete-se às recomendações do Comentário Geral n. 12 trabalhadas no capítulo anterior, no qual a preparação de todas as autoridades para a abordagem das crianças e a forma de *assesment* delas se fazem essenciais para garantir e efetivar o princípio do melhor interesse. A participação direta é, por exemplo, recomendável quando se trabalha temas como da guarda e adoção internacional, sendo padrão nas legislações de alguns Estados-parte, tal como o Brasil.

No que tange à participação indireta, novamente o artigo 12, subparágrafo 2º da Convenção serve como base legal de previsão. Adicionando ao já tratado em parágrafos anteriores, a participação indireta é, para muitos, a medida apta a minimizar riscos para as crianças[279], não se dando somente no âmbito judicial, sendo cabível também no âmbito dos meios integradores de resolução dos conflitos.

Uma ferramenta trazida por Parkes[280] é a figura do *guardiam ad litem* (GAL), definida pelo autor como a pessoa apontada como guardião para o processo judicial, tendo função dúplice. A primeira dessas funções é deduzir e representar as vontades da criança no caso; e a segunda é apresentar a sua opinião, enquanto, guardião, do que ele considera como o melhor interesse da criança no caso[281]. A crítica que o autor dessa pesquisa faz a essa figura diz respeito à falta da uniformidade, bem como novamente condicionar a participação à figura de um adulto. Não há garantia de que a participação efetivaria o melhor interesse nos procedimentos de direito de família.

De maneira análoga e simplificada, no caso brasileiro, o Ministério Público exerceria o papel de defensor do melhor interesse da criança, em especial, nos casos em que os detentores do poder parental impedissem a participação da criança, ou agissem contra o seu interesse. Outro meio de participação indireta se configura quando é constituído um representante legal para a criança diferente do representante dos pais, por exemplo.

Em suma, a garantia de efetividade da participação indireta está, novamente, ligada às recomendações constantes nos Comentários do Comitê, em especial o Comentário de número 12, sobre estabelecer guias para profissionais legais e não-legais a lidarem com as crianças; bem como autoridades para ponderar opiniões e, de fato, dar eficácia ao melhor interesse.

É também a partir dos Comentários abordados no capítulo anterior, que se enfrenta

---

[279] PARKES, op. cit., p. 98.
[280] Ibid. p. 99-103.
[281] PARKES, op. cit., p. 99-100.

os principais obstáculos à participação judicial e administrativa da criança nos procedimentos relativos ao direito de família. Primeiramente sobre a opção da Convenção de não impor limite de idade[282], o que envolveria uma análise caso a caso sobre a capacidade de participar da criança, adicionando tempo à solução do caso e implicando em riscos da não consecução do melhor interesse por meio da participação.

A segunda barreira apontada diz respeito à cultura familiar[283] que, ligada ao tradicionalismo das decisões tidas no âmbito privado da família, impõe uma barreira indireta na participação da criança nos procedimentos judiciais e administrativos. Uma terceira barreira[284] é a falta de treinamento profissional aos envolvidos, para correta aplicação dos dispositivos da Convenção.

A solução apontada para transpor essas barreiras[285] compartilham com as apontadas nos Comentários Gerais trabalhados no capítulo anterior, isto é, reformas legislativas e uma visão holística para os dispositivos convencionais. No entanto, há uma falha em toda essa análise, já apontada, que é não visualizar o escopo de interpretação e aplicação que o artigo 12 da Convenção permite. Seu caráter dúplice, autoexecutável e inter-relacionado ao artigo 3º, do melhor interesse, inibe qualquer dúvida sobre a participação direta e indireta da criança nos procedimentos de direito de família.

Muitas das possibilidades de participação direta e indireta mostradas até aqui se adequam aos procedimentos de direito internacional privado da família, e contribuem na análise a ser feita. Visto isso, se passa à parte final desse capítulo, analisando os mecanismos de participação nos procedimentos relativos à subtração, adoção e guarda internacional, com o fim de identificar a efetivação ou não do princípio do melhor interesse nesses.

4.1 Subtração Internacional

Dando sequência à análise da participação no direito internacional privado da família e, consequentemente da eficácia do melhor interesse se chega ao primeiro tema de análise, a subtração internacional, exemplo nato da aplicação de meios integradores na resolução de conflitos. Geraldo Rocha Ribeiro, em comunicação referente ao Centro de Estudos

---

[282] PARKES, op. cit., p. 115.
[283] Ibid. p. 117.
[284] Ibid. p. 118-119.
[285] Verifica-se aqui que as barreiras apontadas por Parkes e Marshall compartilham, em muito, com todas as outras barreiras já apontadas nessa pesquisa. Por isso, o autor dessa pesquisa opta por não destrinchar as soluções apontadas pelos autores, e sim fazer a indicação de retorno aos capítulos anteriores para maiores detalhes sobre.

Judiciários Português, define a subtração[286] como a situação em que um sujeito desloca ou retém um menor em violação do regime jurídico das responsabilidades parentais[287], normalmente tendo como protagonistas os pais.

Monaco entende que a subtração internacional de crianças deve ser compreendida em dois diferentes aspectos. Primeiramente como a retirada de uma criança do poder de quem exercia sua guarda, *ipso factom*, determinada por lei, decisão judicial ou administrativa ou por acordo legalmente reconhecido. E, em um segundo aspecto, como a não devolução da criança ao poder de quem de direito, após um período no qual a criança exercia o direito de visitar e ser visitada por um parente não guardião[288]. Enfim, a subtração se configura seja com a retirada efetiva da criança do seu Estado de residência habitual, seja na retenção da criança de maneira arbitrária em Estado diverso do que residia.

Caracterizada por litígios norteados de dificuldades e embates entre as autoridades dos países de nacionalidade e de residência da criança, na tentativa de definir a lei que melhor se aplica ao caso, a subtração tem como principal texto convencional a regular o tema de 1980, assinada por 98 Estados[289].

Essa Convenção surge como uma resposta da comunidade internacional ao crescente número de subtrações durante os anos 60 e 70, e a consequente incapacidade de solucioná-los. Estabelece, como a Convenção sobre os direitos da criança, alguns princípios norteadores, em específico a tríade celeridade-retorno imediato-princípio do melhor interesse, que permeiam todo o texto convencional.

A Convenção inova, pois não se preocupa com o modelo tradicional das Convenções de Direito Internacional Privado de estabelecer regras sobre a lei aplicável[290], e sim em criar um procedimento específico, por meio da cooperação entre os Estados signatários, do retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual que, ainda não consegue formalmente estabelecer procedimentos com a participação das crianças. Aqui, compartilha

---

[286] Gustavo Monaco explica que a tradução brasileira fala em sequestro. Enquanto que Portugal, como adota Geraldo Rocha Ribeiro, se fala em rapto. No entanto, aponta Gustavo Monaco, que o Bureau permanente sugere que se adote a expressão "subtração internacional". Considerando ainda a solicitação do Secretário Geral da Conferência, Hans van Loon, ao Ministro da Justiça brasileiro para substituir a expressão, se adotará nessa pesquisa a denominação subtração. (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda Internacional de Crianças.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 146).

[287] RIBEIRO, Geraldo Rocha. Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução. In: *O Direito Internacional da Família Tomo I.* Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, junho de 2014, p.137-159.

[288] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda Internacional de Crianças.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 146-147.

[289] Esses dados foram obtidos em 26 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24> Acesso em: 26 dez. 2017.

[290] ARAUJO, Nadia de. op. cit., p. 556.

com a Convenção sobre os direitos da criança, que também não estabelece regras sobre soluções de conflito e também parece contar muito na cooperação dos Estados em seus três poderes, bem como sociedade.

Nesse aspecto, estabelece em seu preâmbulo uma série de princípios interpretativos, com o objetivo de resguardar os interesses da criança em assuntos tais como guarda e preservação do direito de visita[291].

Por isso, logramos em afirmar que, como compartilham Carmen Tibúrcio[292] e Gustavo Monaco[293], a Convenção, em seu aspecto formal, de método legislativo e operacional, aproxima-se mais de uma classificação como uma Convenção de cooperação jurídica internacional, do que como uma Convenção de direitos humanos, muito embora carregue uma intensa carga desses, atribuída à adoção, ainda que indiretamente, do princípio do melhor interesse da criança como norteador das ações dos Estados signatários.

Ela adquire a característica de ser o principal instrumento de combate à subtração internacional de crianças, visando a resolver, principalmente, conflitos entre genitores de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal, partindo da premissa de que disputas judicias envolvendo direitos de guarda e visitação sobre a criança devem ser decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local[294].

O objetivo principal da Convenção, como disposto em seu artigo 1º [295], é assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para outro Estado ou dele retiradas indevidamente (retorno ao *status quo ante*[296]), respeitando direitos de guarda e visitas[297] existentes em outro Estado Contratante e, consequentemente, o princípio do melhor interesse.

---

[291] ARAUJO, Nadia de. op. cit., p. 558

[292] Ibid.

[293] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. 2012 op. cit., p. 147

[294] TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças:* comentários à Convenção de Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014.

[295] BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Ementa. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 17 de abril de 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em: 05 jun. 2015.

[296] TIBURCIO, op. cit., p. 8.

[297] A visitação está regulada no artigo 21 da Convenção, que dispõe "(...) Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no artigo 7°, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades contrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito (...)".

Por sua vez, nos seus artigos 3° e 4°[298], a Convenção procura fixar alguns requisitos para o retorno imediato da criança, sintetizados em: (i) os pedidos devem ser feitos entre Estados signatários; (ii) a criança deve ter residência habitual no Estado requerente imediatamente antes de sua retenção ou transferência; (iii) tenha havido violação do direito de guarda ou de visita; (iv) a criança deve ter idade inferior a 16 anos; (v) deve ser observado o prazo de um ano disposto no artigo 12 da Convenção, seja para o retorno imediato, quando inferior a um ano; seja para observar se a criança se encontra integrada ao novo meio, em período superior.

Procedimentalmente, a Convenção se operacionaliza por meio das Autoridades Centrais, atribuindo funções próprias da atuação judicial e de cunho administrativo[299]. Nas palavras de Carmen Tiburcio, seriam seis os princípios cardeais a garantir seu bom funcionamento, a saber: o princípio da efetividade; o princípio da cooperação e boa comunicação; o princípio da consistência; o princípio da agilidade/celeridade; o princípio da transparência e o princípio do aprimoramento contínuo[300]. Esses princípios, transpostos à Convenção sobre os Direitos da Criança – e aos demais institutos do direito internacional da família – continuam plenamente aplicáveis, conexos ao princípio do melhor interesse e ao direito de participação em procedimentos judiciais e administrativos.

Continuando, as exceções ao retorno da criança estão previstas nos artigos 12, 13 e 17, sendo que na primeira exceção (art. 12) procura-se, na visão de Nadia de Araujo, preservar o bem-estar da criança que já está adaptada no local a que fora deslocada ilicitamente[301]. Assim, estabelece-se lapso temporal de 01 ano, determinando o retorno imediato da criança, quando inferior a esse prazo; e a avaliação da sua adaptação ao Estado em que se encontra, após um ano. Sobre as exceções do artigo 13, serão tratadas em momento específico nesse capítulo. Já o artigo 17 trata da exceção de ordem pública[302] sob o prisma dos direitos fundamentais[303], que tem cunho essencialmente jurídico, mas exige também a comprovação de fatos subjacentes à situação concreta.

Visto isso, deve ser ressaltado que a Convenção, ainda que visionária no combate e resolução dos casos de subtração internacional de crianças já que facilita a troca de

---

[298] Para Elisa Pérez Vera, o Artigo 3º constitui uma das provisões-chave da Convenção, eis que o funcionamento dos mecanismos de retorno da criança ao país de residência habitual depende fundamentalmente da aplicação do referido dispositivo convencional.
[299] ARAUJO, Nadia de, op. cit. p., 560.
[300] TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. op. cit., p. 140.
[301] ARAUJO, Nadia de, op. cit.
[302] Ibid., p. 563.
[303] Nesse sentido: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

informações entre os Estados-parte e garante pronta atitude interestatal no sentido de fazer volver a criança ao Estado de sua residência habitual[304], a Convenção atraiu inúmeras críticas dos seus países signatários. Isso porque os casos por ela listados não se relacionam exatamente aos casos verificados na atual situação de transnacionalidade e aumento de fluxos de pessoas, principalmente aqueles relacionados à violência doméstica[305], isto é, não impõe um sistema minimamente efetivo de proteção; ora porque o sistema administrativo e judicial para a resolução dos casos de subtração não detém a celeridade necessária, bem como não prevê o direito da criança de ser ouvida.

Sobre essa, diferentemente do que encontramos na Convenção sobre os Direitos da Criança, não há na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças qualquer menção como a feita pelo artigo 12 da Convenção de 1989, sobre a participação direta ou indireta da criança. Há sim, no artigo 13 da Convenção de 1980, a possibilidade de recusa de retorno da criança caso ela tenha atingido maturidade apropriada a ter suas opiniões consideradas no caso.

Dois seriam os campos de investigação necessários para verificar os mecanismos de participação da criança em casos de subtração internacional e, por consequência, a efetivação do melhor interesse. Em um primeiro momento nos meios integradores de resolução de conflitos. E, em um segundo aspecto, analisar o artigo 13 e as suas exceções.

Primeiramente, sobre os meios integradores de resolução de conflitos, se deve ter em mente que todos os casos envolvendo crianças, em especial aqui os relacionados à subtração internacional, tem como objetivo primário a consecução do melhor interesse. Essa se dá, ao adotar alternativas viáveis para oferecer soluções rápidas, duradouras, com grande engajamento das partes e, principalmente, oportunizar a participação direta e indireta da criança nesses processos. A mediação, como um meio integrador, se mostra um fértil campo para a participação nos casos de subtração internacional.

Em cenário anterior ao surgimento da Convenção, as disputas relativas à subtração de crianças eram resolvidas, majoritariamente, a nível nacional. Muito embora alguns doutrinadores creditem à Convenção da Haia de Proteção dos Menores de 1961 algum meio de lidar com a obrigação de retorno das crianças subtraídas, as sentenças produzidas encontravam duas barreiras. A primeira delas no reconhecimento de jurisdição estrangeira, encorajando o *forum shopping*[306], com pais levando crianças a países em que a decisão sobre

---

[304] MONACO, op. cit., 2012, p. 148-149.
[305] CARMEN, Tibúcio; CALMON, Guilherme. op. cit.
[306] Sobre o tema: CAMARGO, Solano de. *Forum Shopping*: a escolha da jurisdição mais favorável. 1. ed.

a guarda lhes seria mais favorável. Bem como era autorizado aos países em que se encontravam os menores a aplicar o princípio do melhor interesse da criança baseados em uma perspectiva cultural e legal local[307].

A flexibilidade e universalidade atribuídas à participação e ao princípio do melhor interesse cediam lugar ao localismo, ao forçar que a parte interessada em recuperar a criança se submetesse à lei local, sem garantias de que o direito de participação da criança fosse respeitado. A Convenção de 1980, fruto de proposta perante o fórum da Conferência da Haia, apresenta como base para a participação por meios integradores nos artigos 2º, 7º e 10º.

O artigo 2º dispõe sobre a adoção de procedimentos de urgência pelos Estados signatários, visando à concretização dos objetivos da Convenção. Processualmente, o termo medidas de urgência diz respeito às tutelas não-satisfativas, de cunho assecuratório, deferidas para conservar o direito afirmado, ou assim denominadas tutelas cautelares[308]. Essas medidas não visam à satisfação de um direito, e sim, diante do perigo de perecimento, assegurar a sua futura satisfação, protegendo esse direito.

Esse raciocínio, ainda que feito de maneira simplista, pode ser utilizado para iniciar a compreensão do termo urgência no âmbito da Convenção.

Como já observado, a Convenção sobre Subtração de Menores tem por objetivo principal o retorno ao *status quo ante*, de forma a assegurar o retorno imediato da criança, observando o princípio do melhor interesse. Assim, o artigo 2º presa por exigir um comportamento dos Estados signatários, que se traduziria em obrigação de tomar todas as medidas apropriadas, para assegurar dentro do limite do seu território, a realização dos objetivos da Convenção[309], dentre eles o do melhor interesse e, em consequência indireta, da criança de ser ouvida em todos os procedimentos que a ela digam respeito.

Por isso se afirmar que dentre essas medidas estão, na visão desse autor, as que incluam a participação direta ou indireta das crianças. Isso advém pois, na visão de Paul Beaumont[310], os Estados não estariam obrigados a criar medidas específicas, e sim em utilizar mecanismos mais urgentes, já existentes em sua ordem jurídica, tal como a

---

São Paulo: Intelecto Editora, 2017.

[307] CUNHA, Elizabeth. The potential importance of incorporating online dispute resolution into a universal mediation model for international child abduction cases: *Connecticut Journal of International Law,* Vol. 24:155, 2008-2009.

[308] DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.* Vol. 2. 8. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 512.

[309] PÉREZ-VERA, Elisa. 1982. In: TIBURCIO, op. cit., p. 13.

[310] BEAUMONT, PAUL. *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford: Oxford Private International Law Series ,1999, p. 257.

especialização dos órgãos a servirem de Autoridades Centrais, inteligência do artigo 7º da Convenção; e os *fast-track procedures*. Por sua vez, como já visto anteriormente, o objeto da Convenção é assegurar o retorno imediato da criança retida ou retirada ilicitamente de sua residência, garantindo a efetivação do princípio do melhor interesse. Daí o apelo do artigo 2º, e de outros na Convenção, para as medidas de urgência.

Todavia, julgamos que tal posição não é suficiente quando se trata da consecução do princípio do melhor interesse por meio da participação. As medidas de urgência utilizadas pelos países signatários tendem à não participação da criança no processo decisório, vide o deferimento de liminares *inaudita altera pars*, o que, em muitos casos, não vai ao encontro à nova concepção da criança na sociedade internacional ou aos dispostos na própria Convenção, que prevê a participação da criança.

Esse autor, a partir de reflexões levantadas por Carmen Tiburcio e Guilherme Calmon[311] e por Gustavo Mônaco[312], considera que os meios integradores de solução de conflitos se aparentam como uma alternativa viável a viabilizar a participação da criança nos casos de subtração internacional, em especial a mediação, a partir da interpretação dos artigos 7º e 21 e o Guia de Boas Práticas da Convenção, em seu Capítulo 5, Parte I.

O artigo 7º, em sua alínea c, dispõe que as Autoridades Centrais dos países signatários devem cooperar e colaborar entre si, tomando as medidas apropriadas para "assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável". Já o artigo 21, que trata do exercício de direito de visita transfronteiriço, em sua última parte estabelece que "as autoridades centrais podem diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito".

Por sua vez, a leitura do Guia de Boas Práticas da Convenção, em seu Capítulo 5, Parte I, permite verificar que ele é mais direto que os artigos, tendo muito em conta o fato de que sua elaboração se deu em um lapso temporal onde os métodos integradores de resolução de conflitos passaram a ser considerados alternativas viáveis à resolução de conflitos no âmbito de direito de família e da criança e que considerariam a participação em seu caráter substancial, em detrimento de procedimentos litigiosos.

---

[311] TIBURCIO, op. cit., p. 20.

[312] Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon indagam se deveria ser considerado um procedimento efetivo, mais célere para a solução dos casos de subtração internacional. Em uma primeira análise, o autor dessa pesquisa entendeu que os meios integradores de solução de conflitos, poderiam ser considerados uma alternativa viável. Todavia, para viabilizar tal entendimento, e a partir de indagação levantada por Gustavo Monaco, é importante considerar que esses meios pressupõe o ganho de confiança para o alcance de uma solução pelas partes e, por consequência, o resultado dessa solução estaria intrinsicamente ligado à variável tempo.

Assim, o Guia estabelece como princípio geral o de que todas as medidas possíveis devem ser tomadas para assegurar o direito da criança de manter relações pessoais com ambos os pais[313]. Para tanto, opta por destacar os deveres de cooperação e colaboração entre Autoridades Centrais, tal como o caput do artigo 7º e o artigo 21, dizendo que é dever das Autoridades Centrais promover soluções amigáveis/alternativas para a resolução desses conflitos. Ademais, recomenda a promoção e a facilitação de acordo entre os pais, seja por meio da conciliação, negociação, mediação e outras técnicas similares, isto é, os métodos integradores das resoluções de conflitos.

Em especial sobre a mediação, o Guia estabelece o direito e o dever da criança de se manifestar, desde que em idade para tal, bem como pela necessidade da correta preparação dos mediadores, dizendo serem dois os elementos básicos para o sucesso da cooperação internacional: a existência de regras comuns que definam as circunstâncias em que os Tribunais em cada sistema legal exercitam a jurisdição para produzir ou modificar decisões vinculantes sobre guarda e visita[314]; e ao respeito mútuo, incluindo reconhecimento e execução, de decisões concernentes ao direito de visita proferidas com base jurisdicional comum[315].

Esses elementos são – em alguma medida – similares às recomendações do Comitê feitas no Comentário Geral sobre a participação das crianças analisadas no capítulo anterior. Há uma preocupação do engajamento de todos os poderes, bem como da sociedade, por meio da preparação dos agentes ou da reforma legislativa. Resta agora indagar sobre a viabilidade da mediação e, finalmente, sua obrigatoriedade aos Estados-parte.

Ainda que bem-sucedida a Convenção seja fruto de, acertadas críticas por parte da comunidade internacional, principalmente a respeito da não observância por parte dos países signatários de um aspecto primordial da Convenção, a celeridade, manifestada principalmente no trâmite processual dos casos; e, ainda, sobre o fato de que alguns casos concretos não correspondiam aos casos previstos na Convenção[316], envolvendo, muitas

---

[313] TIBURCIO, op. cit., p. 376-377

[314] Nesse sentido, a União Europeia, em razão da supressão das fronteiras internas no território europeu favoreceu os intercâmbios transnacionais entre pessoas naturais e jurídicas, provocando o aumento de processos com um elemento de estraneidade. Para tanto, a existência de regras comuns e a cooperação entre os países, com regulamentos para facilitar a livre circulação das decisões e continuar a reforçar o acesso à justiça eram necessárias. Para alcançar esse objetivo, estabelecendo regras relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões, são adotados regulamentos, como o Regulamento 44/2001, Regulamento 2201/2003 e o Regulamento 1.215/2012.

[315] Ibid., p. 378.

[316] LOWE, N.; HOROSOVA, K. (2007). In: DITTRICH, Lalisa Froeder. Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil. *International Journal of Law, Policy and the family*. Oxford: Oxford Press University, 2015.

vezes, elementos estranhos ao texto convencional, tal como a violência doméstica e o abuso sexual.

Todo esse criticismo se materializou em dois aspectos.

O primeiro deles na tendência de países signatários, quando da regulação da Convenção sobre Subtração em seus ordenamentos jurídicos, tentarem sanar os aspectos faltosos e que não contribuíam ao respeito da celeridade e do retorno imediato. Nesse, dois documentos exemplificam, o *Sean and David Goldmann Act*[317] e o Regulamento da União Europeia sobre Competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, Bruxelas II, regulando em sua Seção II, artigo 11, alguns dos procedimentos utilizados pela Convenção de Subtração Internacional[318].

E o segundo dos aspectos, fruto de um consenso comum da comunidade internacional ao analisar o atraso na solução dos casos, foi a busca de soluções que pudessem melhorar a implementação da Convenção, ao mesmo tempo em que ainda se protegem os direitos da criança[319] e prezasse pelo princípio do melhor interesse. Solução essa que se deu no âmbito dos meios integradores de resolução de conflitos, em especial a mediação, que se analisa nessa parte do capítulo.

Utilizada massivamente no âmbito do direito comercial e como um mecanismo de melhor qualidade para a resolução de disputas domésticas de direito de família, a possibilidade da utilização da mediação no âmbito da subtração internacional de crianças é recente, sendo que somente em 2012 fora publicado um Guia de Boas Práticas da Convenção visando ao incentivo à mediação, posterior à Convenção sobre os Direitos da Criança e, consequentemente, a regulamentação do direito da criança de ser ouvida em todos os procedimentos que à ela digam respeito, a partir da inteligência do artigo 12 da Convenção.

Esse meio integrador de resolução de conflitos é, sem dúvidas, desafiador, uma vez que inúmeros fatores, tais como diferenças culturais, distância entre as partes e executoriedade dos acordos nos dois Estados envolvidos nos casos de subtração influenciam na sua implementação e eficácia, uma vez que, tal como na Convenção sobre o Direito da

---

[317] H.R. 3212, Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014. Estabelece uma série de deveres ao Departamento de Estado Norte-americano e seu Secretário de Estado, visando a aumentar a eficácia da Convenção. Para tanto, estipula sanções diplomáticas e econômicas aos países infratores; bem como procura sistematizar casos de não-cumprimento da Convenção para que o Departamento de Estado possa agir de forma localizada, a fim de resolvê-los.

[318] Optou-se, para se ater ao tema dessa pesquisa, não explorar com profundidade ambos os exemplos, focando nesse tópico, de fato, na utilização da mediação e participação da criança nos casos de subtração internacional

[319] DITTRICH, op. cit., p. 2. Tradução livre.

Criança, aos Estados-parte, é dada real – e acertada – maleabilidade na forma de implementação dos artigos.

A mediação pode ser definida como a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar uma solução mutuamente aceitável[320].

O facilitador, baseado no interesse, envolvendo um terceiro (mediador) que trabalha com o intuito de facilitar a comunicação entre as partes envolvidas na disputa e visa a alcançar uma resolução do conflito mutualmente benéfica[321]. Esse é, essencialmente, o modelo pugnado pela Convenção da Haia. No entanto, esse modelo, não evoca a participação ativa da criança, como no primeiro modelo. Ao reconhecer as necessidades individuais, os pais podem, em consenso, selecionar os pontos que necessitam de ser resolvidos, considerando os interesses da criança.

O uso da mediação no âmbito do direito da criança, baseada na comunicação e colaboração entre as partes[322], demonstra-se como uma solução mais duradoura, já que, com sua comunicação facilitada, pais ou representantes legais, podem resolver o litígio da maneira mais adequada e menos custosa e, consequentemente, mais benéfica à criança. Além disso, a mediação evita o conflito jurisdicional, muitas vezes dispendioso às partes e que pode não ir de encontro à celeridade e ao interesse da criança.

Alguns pontos, no entanto, devem ser observados quando se trata da mediação e da participação da criança nos casos de subtração internacional. Primeiramente, de que nem todos os litígios familiares podem ser resolvidos amigavelmente[323]. Essa recomendação se relaciona à crítica da comunidade internacional de que o texto convencional não trata de todos os casos possíveis dentro da retirada ou da retenção da criança. Muitas vezes as crianças têm como motivo de saída ou de retenção, por exemplo, eventual violência doméstica ou o abuso sexual. E nesses casos, uma participação direta, por exemplo, da criança pode ir de encontro ao seu melhor interesse.

A conclusão que advém dessa observação é que a mediação, como meio essencialmente voluntário, deve ser avaliada de maneira que não pode ser aplicada como uma etapa obrigatória a todos os casos. E sim que se deve avaliar a adequação da mediação

---

[320] CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.
[321] CUNHA, op. cit., Tradução Livre.
[322] DITRICH, op. cit., Tradução Livre.
[323] HCCH. *Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção da Haia* de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação. Publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Secretariado Permanente. 2012. Disponível em: <ww.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

ao caso concreto, de modo a identificar casos em que ela seria ineficaz e, por conseguinte, iria expor a criança e um dos pais a riscos irremediáveis, como o não retorno.

Essa conclusão vem ao encontro da necessidade de análise individualizada dos casos apregoada no Comentário Geral da Convenção sobre os Direitos da Criança, de acordo com a capacidade da criança de participar – direta e indiretamente, em consequência, a efetivação do princípio do melhor interesse.

A segunda recomendação, ainda que mais discutível, aborda a importância de considerar a mediação como complementar aos processos judiciais, não os substituindo[324], como se verifica no Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 13.015 de 16 de março de 2015[325]. Há, nos casos de mediação, nos litígios familiares internacionais, três ordens jurídicas envolvidas: a do país no qual se encontra a criança, a do país de sua residência habitual, e da internacional. Dessa forma, qualquer acordo obtido por meio da mediação deve visar a sua compatibilidade com a legislação aplicável.

A interpretação que se faz é de que vincular a mediação à possibilidade de homologação do acordo pelos Estados envolvidos, não corrobora com alguns dos aspectos centrais da Convenção – da celeridade, bem como com o princípio do melhor interesse.

Quando se aborda litígios familiares transfronteiriços, os acordos celebrados no âmbito da mediação devem visar, por certo, a uma solução passível de ser executada em ambos os países envolvidos, a garantir o respeito à opinião e ao melhor interesse da criança, e proporcionar segurança jurídica. Todavia, ainda que a Convenção sobre subtração preveja o exercício de soluções amigáveis por parte das Autoridades Centrais e conjugada com a Convenção sobre a os Direitos da Criança, a incluir a participação da criança nesses procedimentos, considera-se que esses acordos podem carecer de aprovação por um tribunal, que verificará se esse preza pelo melhor interesse da criança, antes de lhe atribuir eficácia.

Ainda que o procedimento homologatório seja uma garantia e um pressuposto de validade aos pais e às crianças, de que o acordo celebrado produzirá todos os efeitos possíveis[326], há nele um juízo de valor sobre a opinião da criança, o que invalidaria a sua

---

[324] HCCH. *Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção da Haia* de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação. Publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Secretariado Permanente. 2012. Disponível em: <ww.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

[325] BRASIL, 2015. *Lei 13.015 de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 24 dez 2017.

[326] Em alguns Estados, existe mais do que uma opção para a homologação dos acordos. Os Estados que se seguem indicaram que é necessária uma decisão judicial para atribuir executoriedade ao acordo: Argentina, Austrália, Bélgica, Brasil, Burquina Faso, Canadá (Manitoba, Nova Escócia), China (RAE de Hong Kong), Costa Rica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia (pelo Conselho da Segurança Social), França, Grécia, Honduras, Hungria (pela Autoridade Tutelar), Irlanda, Israel, Letônia, Lituânia, República da

participação em sentido substancial. Como ato autônomo e soberano do Estado, não há garantias de que o acordo celebrado, mesmo com termos que de fato demonstram o melhor interesse da criança e tenha considerado a sua participação, será ratificado pelo Estado.

O mesmo raciocínio é aplicado ao fato de que algumas das questões objeto do acordo de mediação estão na disponibilidade das partes e outras não[327]. Como verificado no capítulo anterior, alguns sistemas não preveem a participação da criança nesses acordos, uma vez que consideram não ter capacidade; enquanto outros colocam um limite de idade a essa participação. Ainda, alguns sistemas jurídicos restringem, por exemplo, qualquer deliberação relativa à prestação de alimentos, ou ainda regulação do direito de visita.

A esses exemplos poderia o Estado homologador alegar uma afronta à ordem pública, minando as vantagens do uso da mediação, como uma solução mais duradora e que, invariavelmente, iria de encontro ao melhor interesse da criança, não homologando os acordos. Aqui cumpre ressaltar que a Convenção é clara no que tange à regulação do direito de visita, de que o tribunal competente para resolver os aspectos relativos à guarda do menor é o tribunal da residência habitual da criança[328], por entender ser esse o que tem a ligação mais próxima com o ambiente formal da criança[329-330].

Maurícia, México, Noruega, Paraguai, Polônia, Romênia, Eslovênia, Espanha, Suécia (pelo Conselho da Segurança Social), Suíça, Reino Unido (Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte), Estados Unidos da América e Venezuela; a autenticação notarial é uma opção nos seguintes países: Bélgica, Burquina Faso, Dinamarca, Estônia, Hungria, Romênia e Eslovênia. O registo junto do tribunal é uma opção nos seguintes países: Austrália, Burquina Faso, Canadá (Colúmbia Britânica, Saskatchewan), Estônia, Grécia, Honduras (Perfil dos Estados – tal como em junho de 2012). – Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação.

[327] HCCH. *Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção da Haia* de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação. Publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Secretariado Permanente. 2012. Disponível em: <ww.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

[328] Artigo 16 da Convenção - depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3º, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

[329] TIBURCIO, op.cit, p. 357.

[330] Nesse sentido, Jacob Dolinger destaca que uma determinação baseada nesta Convenção concernente à volta da criança não deverá ser tomada como uma decisão sobre o mérito da questão de guarda. Isto porque as autoridades do Estado para o qual a criança foi transferida, ou no qual ela foi retida, não tem competência para julgar o mérito da guarda. Logo, no âmbito do acordo de mediação, o tribunal de processo de regresso seria competente apenas para lidar com o regresso ou não regresso, não tendo competência internacional para aprovar a parte relativa do acordo que versasse sobre os direitos de guarda e visitação. No entanto, na opinião do autor dessa pesquisa, essa disposição pode ir de encontro do melhor interesse da criança, pois não permite que a criança tenha acesso à serviços – e direitos básicos e fundamentais, como saúde e educação no país em que encontra. Ao mesmo tempo, a prática brasileira, demonstra que em geral o pai ou a mãe detentora da criança ingressa com a ação de guarda provisória na Justiça Estadual não somente com o intuito de obter o acesso a esses direitos, e sim com o objetivo de tumultuar todo o processo, como constatado nos inúmeros processos de conflito de competência entre a Justiça Estadual e a Federal que

A mediação se demonstra, enfim, como uma solução viável para atribuir eficácia à Convenção de Subtração dentro do contexto de transnacionalidade, de participação da criança e efetivação do melhor interesse no âmbito do Direito internacional de família. Tanto é que a Convenção, em seus artigos 7º e 21, adotou o termo "soluções amigáveis", não fazendo menção direta ao método, isto é, um conceito aberto passível de adaptação nas diferentes ordens jurídicas.

No entanto, ela está vinculada à cooperação entre as autoridades judiciais do Estado requerido e as do Estado Requerente, com o fim de auxiliar a celebração de acordos e a atribuir eficácia e executoriedade desses nos dois Estados envolvidos, isto é, dar efetividade ao princípio do melhor interesse por meio da participação da criança em processos de direito internacional privado da família.

Nessa seara, o Guia de Boas Práticas indica como opções de auxílio, as decisões de espelho ou de porto seguro. Essas proferidas pelo Tribunal do Estado Requerente de maneira idênticas ou semelhantes, que espelha uma decisão do Estado requerido. Já a decisão de porto seguro é aquela proferida pelo Estado requerente, frequentemente a pedido do progenitor cujo direito de guarda foi violado, assegurando os termos de regresso[331].

Aqui, considerando o disposto na Convenção sobre os direitos da criança e as estatísticas demonstradas no capítulo anterior, esbarra novamente na consideração de que um dos Estados envolvidos no caso de subtração internacional pode impor a oitiva da criança de maneira obrigatória, direta ou indiretamente; não considerar que essa decisão vai ao encontro do melhor interesse; ou, de maneira mais drástica, por considerar que a criança não detém competência para ser ouvida, invalidar a decisão.

O outro ponto de análise referente à participação da criança nos procedimentos de subtração internacional e o seu melhor interesse se encontra no artigo 13 da Convenção.

Há certo reclamo geral na sociedade internacional a respeito do uso indiscriminado das exceções do artigo 13, com uma redação aberta, por parte dos juízes dos Estados-parte requeridos[332]. Na tentativa de evitar que esta solução se torne indiscriminada, a convenção estabelece que o juiz poderá se recusar a devolver a criança ao Estado de sua residência habitual. A primeira possibilidade que lhe é aberta consiste no convencimento de que a

---

tramitam no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

[331] HCCH. *Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção da Haia* de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação. Publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Secretariado Permanente. 2012. Disponível em: <ww.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. p. 80. Acesso em: 28 maio 2016.

[332] MONACO, op. cit., 2012, p. 153.

pessoa, instituição ou organismo que tinha a criança subtraída a seu cuidado não exercia, de forma efetiva, o direito de guarda na época em que a criança fora transferida ou retida ilicitamente[333].

O juiz também estará dispensado de determinar a devolução se houver provas de que o guardião havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção[334]. Ainda, o mesmo ocorre se houver concretas evidências de que existe um risco grave de que a criança no seu retorno ficará sujeita a situação de perigo físico ou psíquico, ou que, de qualquer outro modo, será exposta a situação intolerável[335]. Por sua vez, Carmem Tibúrcio complementa que a quarta exceção está quando a criança expressa sua não vontade de retornar ao país de residência habitual[336]..

Essas hipóteses são excepcionais, uma vez que o objetivo da Convenção é assegurar o retorno da criança ao país da residência habitual, devendo, enfim, serem provadas pelo genitor que perpetrou a remoção ou retenção ilícita[337].

No que diz respeito à participação da criança, o artigo 13 da Convenção preleciona que a autoridade judicial ou administrativa pode se recusar a ordenar o retorno da criança se verificar que a criança se opõe a ele ou se ela já possui uma idade e grau de maturidade apropriado a levar em consideração suas opiniões sobre o assunto[338]. Carmen Tibúrcio observa que não há na Convenção ou na jurisprudência qualquer parâmetro estabelecido, devendo ser analisado caso a caso. Contudo, é possível abranger essa interpretação.

A falta da sistematização da participação no artigo 13 é explicada por alguns doutrinadores pelo fato de que é responsabilidade do representante que alega a exceção articular as opiniões da criança, já que a autoridade responsável não é obrigada a considera-las de ofício[339]. O direito da criança de ser ouvida deveria permitir, em teoria, que a criança iniciasse um processo de retorno ao seu local de residência habitual de maneira independente dos pais, por meio de participação direta e/ou representação independente. Seria a materialização da participação substancial e do melhor interesse nos casos.

---

[333] MONACO, op. cit., 2012, p. 153.
[334] Ibid., p. 154.
[335] Ibid., p. 154.
[336] Ibid., p. 286.
[337] Ibid., p. 286.
[338] BRASIL, 2000. *Decreto. n. 3.413 de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.
[339] STHOEGER, Eran. Internacional Child Abduction and Children`s Rights: two means to the same end. In. *Michican Journal of International Law.* v. 32, issue 3, 2011. p. 525.

Tanto é que, historicamente, como demonstra Pérez-Vera[340], a Convenção dá, por meio do artigo 13, a possibilidade de que a criança interprete o seu próprio interesse. A prática, contudo, revela outra realidade, em grande maioria justificada pelo fato de que essa disposição iria de encontro ao princípio da celeridade. Assim, em grande maioria, uma representação independente da criança ou a sua participação direta não é considerada pela autoridade responsável.

Esse dispositivo, se não bem interpretado, oferece sim um risco à persecução do melhor interesse e do objetivo convencional. Porém, não pode ser descartado pelas autoridades. As autoridades possuem, sim, ampla discricionariedade para considerar ou não a opinião da criança no caso prático, e devem em o processo decisório considerar não somente a idade, e sim atribuir uma interpretação ampla à expressão "maturidade" contida no artigo 13 para considerar fatores sociais, culturais, econômicos e relatórios dos auxiliares processuais envolvidos no caso.

Em síntese, a fundamentalidade da participação da criança nos casos de subtração internacional está na comunicação e cooperação entre todos os envolvidos, com um objetivo comum, a efetivação do melhor interesse por meio da participação substancial e processual da criança nesses processos.

A Convenção sobre subtração prevê, ainda que de forma excepcional, no seu artigo 13, a possibilidade de participação da criança. Contudo, a celeridade exigida para a solução desses conflitos faz com que a solução adequada muitas vezes seja manter somente um representante no caso, não pesando somente a opinião da criança e comprometendo um caráter substancial.

Nesse aspecto, meios integradores de resolução de conflitos, em especial a mediação, podem servir de base à efetivação do princípio do melhor interesse por meio de uma participação ativa da criança; bem como interpretações expansivas, que considerem o fato de que a opinião da criança pode não ser a mesma de um dos genitores, e de que essa é a mais benéfica à solução do caso deve ser considerado.

---

[340] PEREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction*. Offprint from the Acts and Documents of the Fourteenth Session *(1980)*, tome III, Child abduction, 1982. Disponível em: < https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=2779> Acesso em: 4 de nov. de 2017.

4.2 Adoção internacional

Como se destacou em capítulos anteriores, é no âmbito do processo de consolidação e internacionalização dos Direitos Humanos no Século XX, que a sociedade internacional procurou inserir em sua tratativa novos sujeitos carentes de proteção, destacadas aqui as crianças[341]. Para tanto, constituiu-se um sistema universal, bem como sistemas regionais, com o fim de sistematizar e perpetuar a proteção e propagação desses direitos.

Em suma, considerando, como já observado no capítulo inicial dessa pesquisa, o melhor interesse como o*verwhelming paramount principle*, algumas Convenções surgiram com o fim de consolidar as mudanças no paradigma e universalizar a proteção à criança, dentre elas a Convenção da Haia de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 3.087 de 21 de junho de 1999[342], a qual será objeto de análise posterior.

Historicamente, em Roma, na Grécia e na Índia das leis de Manu, o filho nascido varão deveria participar de uma cerimônia de iniciação a seu culto doméstico, com um duplo objetivo: primeiro purificar a criança, isto é, limpá-la do pecado maculador que os antigos supunham haver contraído pelo simples fato da gestação; e, em seguida, inicia-la no culto doméstico[343]. Com isso, estaria admitido na família, para a qual viera com o intuito único de satisfazer às obrigações que assumira durante a cerimônia, perante todas as gerações que lhe antecederam[344].

Gustavo Monaco afirma, que os povos da antiguidade entendiam a filiação como um dever que lhes era imposto por seus antepassados, buscando no casamento o nascimento de um varão[345], cuja denominação nas leis de Manu significava aquele que é gerado para cumprir um dever e que num futuro, como primeiro filho homem, deveria assumir a posição de *pater familias*[346].

---

[341] SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A Adoção Internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In. MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos de (Org.) *Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 351.

[342] BRASIL, 1999. *Decreto n. 3.087 de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

[343] COULAGENS, Fustel de. *A cidade antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 8. ed., s/d., p. 37.

[344] MONACO, Gustavo Ferraz de. *Direitos da Criança e Adoção Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

[345] Ibid., p. 19.

[346] Ibid., p. 19-20.

O homem não pertencia a si mesmo, e sim à família. Era parte de uma série, tornando-se obrigatório que essa sequência não se interrompesse com ele. Não nascera por mero acaso; tinham-no introduzido na vida para ser continuador de um culto[347]. Constata-se aqui que o primogênito tinha uma distinção entre os demais filhos, isto é, o filho que poderia continuar o culto, aquele filho legítimo nascido do casamento que fez introduzir também sua mãe ao culto doméstico, e o filho natural, havido fora do casamento[348].

Essa distinção se aprofunda durante a Baixa Idade Média e a época moderna, culminando, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, em uma distinção válida até tempos atrás, ou seja, a que dividia os filhos segundo a origem, em legítimos e naturais ou legítimos[349]. No entanto, acompanhando a evolução no que tange ao papel da criança enquanto sujeito de direitos e já trabalhada em capítulos anteriores, os direitos de filiação passam por modificações, no qual a família adquire um papel central, advindo da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais na ordem jurídica.

Assim, três traços característicos passam a ser considerados no que tange ao direito de filiação, devendo ser respeitados: a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos[350], e que representa para Mônaco a democratização das relações familiares garantindo o direito de participação aos membros[351]; a despatrimonialização das relações entre pais e filhos[352], refletindo a flexibilização do pátrio poder[353]; e, por fim, a desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores[354], que determina a efetiva igualização entre toda a prole, quer tenham os laços que unem os envolvidos origem matrimonial, extramatrimonial, biológica ou civil[355], abrangendo enfim os filhos adotivos.

Como preleciona Dolinger, a mais antiga referência à adoção é provavelmente no Código de Hammurabi[356] em 2.283 a.C, que teria atribuído um aspecto formal à adoção,

---

[347] COULANGES, Fustel de. op. cit., p. 36.
[348] MONACO, op. cit., 2002, p. 20.
[349] Ibid., p. 21.
[350] TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva constitucional. *Temas de Direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 392.
[351] MONACO, op. cit., 2002, p. 25-26.
[352] TEPEDINO, op. cit., p. 393-394.
[353] MONACO, op. cit., 2002, p. 26.
[354] TEPEDINO, op. cit., p. 393-394.
[355] MONACO, op. cit., 2002, p. 26.
[356] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. A criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 399-400.

dependente do consentimento contratual dos pais naturais, além da garantia de igualdade entre filhos naturais e adotados.

Por sua vez, a Civilização Grega procurou conservar os direitos atribuídos aos filhos adotivos no Código de Hamurabi, permitindo que cidadãos do sexo masculino, sem herdeiros legais e com grande saber filosófico, adotassem. Nesse sentido, as Leis de Sólon reduziram a intervenção do magistrado no processo de adoção, regulamentando ainda a adoção testamentária, cujos efeitos só se produziam após a morte do adotante.[357].

Certo é que a penetração da adoção no mundo ocidental decorre principalmente do Direito Romano. Seu objetivo na cultura latina, bem como na grega e hindu, era o de dar herdeiros patrimoniais e culturais às famílias que por qualquer motivo não os tivessem por laços de consanguinidade e que, por outro lado, necessitavam manter o culto doméstico aos antepassados[358].

No que tange ao Direito Romano, a adoção romana passou a ser permitida a quem não tinha filhos, tendo apenas sua razão de ser na necessidade de evitar a extinção do culto, desde que cumpridos requisitos como idade que tornasse impossível a concepção e que, enquanto esta fora possível, tivesse ele tentado gerar a sua prole[359]. Era necessário ainda que o adotando estivesse imune ao pátrio poder de seu pai biológico, como efeito da *sacronum detestatio*, pela qual relegava o culto doméstico, obtendo sua emancipação.

Essa era a adoção de *alieni juris*, pelo qual o adotante deixa sua família de origem para se apresentar ao altar de seus novos antepassados, retirando-se, para sempre, da vida de sua família biológica[360]. Como entende Gustavo Monaco, o fato de tratar-se de *alieni iuris* é relevante para a distinção entre adoção (*adoptio)* e ad-rogação (*ad-rogatio)*, sendo que nesta a pessoa adotada é sujeito de direito e sua ad-rogação implica a transferência de todos os seus *alieni iuris* e de todos os seus bens ao poder do *pater*, devendo todos obedecer aos rituais e cerimônias da nova família[361].

Feito essa detida e superficial análise da filiação à adoção e continuando com o desenrolar desse tópico, foi somente após a 1ª Guerra Mundial, com o aumento do número de órfãos, que o instituto da adoção internacional se desenvolveu e adquiriu um papel importante no direito positivo[362], sendo instituído na legislação de alguns países como

---

[357] COSTA, op. cit., p. 41
[358] MONACO, op. cit., 2002, p. 27.
[359] COULANGES, Fustel de. op. cit., p. 39.
[360] MONACO, op. cit., 2002, p. 27-28.
[361] Ibid., p. 28-29.
[362] Ibid. p. 401.

França, Inglaterra, Itália e Uruguai. A 2ª Guerra Mundial deixou, por sua vez, grande número de órfãos, na Europa e em alguns países da Ásia, criando novo interesse da sociedade internacional para a adoção interpaíses.

A transição do paradigma da necessidade para o paradigma de direitos no tocante ao direito da criança permitiu, enfim, que novos horizontes fossem visualizados[363], dentre eles o da adoção internacional. As crianças, de meros coadjuvantes, para detentoras de direito, passam a ter sua voz interpretada à outras reivindicações relacionadas ao direito de ter uma família e, também, participar ativamente desse processo.

Passando à definição, para Liberati, citando Clóvis Beviláqua e Itabaiana de Oliveira, a adoção seria o ato jurídico que se estabelece entre duas pessoas sem relações civis de paternidade e de filiação[364]. No entanto, esse conceito renega a conotação humanística da adoção, já que, muito embora não existam laços biológicos entre pais e filhos adotivos, existem relações de afeto, efetivadas por um ato jurídico voluntário, a adoção[365].

Por sua vez, Leila Cavallieri de Araújo define a adoção internacional como a figura jurídica que envolve, como partes, adotante com domicílio em um país e adotando com residência habitual em outro[366]. Por sua vez, J. Foyer e C. Labrusse-Rio[367] definem a adoção internacional como aquela que faz incidir o direito internacional privado, seja em razão do elemento de estraneidade que se apresenta no momento da constituição do vínculo (nacionalidade estrangeira de uma das partes, domicílio ou residência de uma das partes no exterior), seja em razão dos efeitos extraterritoriais a produzir.

Possível constatar que esses autores entendem a adoção internacional não só quando as partes possuem distinta nacionalidade, mas também quando, tendo distinta residência, uma delas sempre apareça conexa a Estado diferente daquele em que ocorreu a adoção. A Adoção Internacional seria, enfim, uma instituição de proteção e integração da criança à um núcleo familiar, contendo um elemento de estraneidade entre adotantes e adotados.

Como destacado anteriormente, o cenário da adoção internacional mudou drasticamente durante as décadas de 60 e 70. No tocante à década de 60, face à escassez de crianças disponíveis para a adoção em âmbito interno, reflexo direto da popularização dos métodos contraceptivos e do Plano Marshall, cidadãos europeus e estadunidenses passaram

---

[363] HEARST, 2009, p. 329.
[364] LIBERATI, Wilson. *Manual da Adoção Internacional.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 17-18.
[365] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da Criança e Adoção Internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.
[366] ARAÚJO, Leila Cavallieri de. A Adoção Internacional. *Boletim Terre des Homes*, n.19, de julho de 1990.
[367] LIBERATI, op. cit., p. 18

a buscar crianças nos países asiáticos, em especial no Vietnã. Já na década de 70, o interesse desses adotantes recaiu-se sobre a América Latina, uma vez que os países Asiáticos implementaram suas políticas de controle de natalidade.

Assim como diversos outros temas de direito de família objeto apenas da ordem interna, tal como a guarda e alimentos, a adoção internacional, passa a ser objeto de regulamentação pela ordem internacional, se revestindo de todas as garantias de uma adoção interna, impedindo que qualquer envolvido nesse processo obtenha qualquer benefício material[368]e envolve, nas palavras de Dolinger, questões de natureza cogente, haja vista o alto nível de proteção rondando o instituto, o que lhe daria um contorno de ordem pública.[369]

O tema envolve, por óbvio, sempre um elemento estrangeiro, motivo pelo qual sua implementação necessita ser precedida da verificação da lei que a irá reger[370], ou seja, determinar qual a lei aplicável para regular essa questão.

Segundo a teoria da aplicação cumulativa, deveriam ser verificados os critérios comuns às leis pessoais do adotante e do adotado, implicando num sem número de exigências a serem verificadas e satisfeitas por ambas as partes, se argumentando em favor que o atendimento das condições pela lei do adotante e do adotado implica no reconhecimento da nova relação parentam em ambos os ordenamentos jurídicos[371]. Dolinger cita como exemplo a lei húngara de direito internacional privado de 1979, em seu artigo 43 “as condições de adoção são regidas cumulativamente pelas leis pessoais do adotante e do adotado à data de adoção”[372].

Já a teoria da aplicação distributiva, ainda que procure atender os critérios exigidos pela lei do adotante e do adotado, o faz de maneira distributiva[373] entendendo que alguns dos aspectos envolvidos se disciplinam por uma das leis conexas ao caso de adoção internacional, ao passo de que outros critérios são contatos pela outra lei. Esse é o critério adotado pelo Brasil por meio da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro[374] (LINDB) e da Convenção da Haia de 1993 relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

---

[368] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da Criança no cenário internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 262.
[369] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. A criança no Direito Internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
[370] MONACO, op. cit., 2002, p. 34.
[371] MONACO, op. cit., 2002, p. 79.
[372] MONACO, op. cit., 2005, p. 408.
[373] MONACO, op. cit., 2002, p. 79.
[374] BRASIL, 1942. *Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Há ainda, como bem aponta Gustavo Monaco, a teoria que prega a aplicação exclusiva da lei pessoal do adotante se solteiro; ou a lei que rege a relação matrimonial, dos adotantes casados, sendo essa a teoria acolhida na Alemanha e em Portugal[375]. De maneira intermediária, surge ainda a teoria que busca privilegiar a lei mais favorável ao adotando, cabendo ao intérprete verificar qual a lei mais benéfica ao adotante e fazê-la incidir[376].

Sobre essa teoria, o ponto a ser ressaltado, na visão desse autor, é que, nos casos de adoção sem critérios dessa teoria, é dado aos órgãos do Poder Judiciário um poder discricionário para decidir sobre a lei mais benéfica se que nem sempre poderiam vir ao encontro do melhor interesse da criança.

Por fim, a teoria aplicada e acolhida pelos países da Common Law, que desloca o problema da lei pessoal aplicável para a verificação da competência internacional. Uma vez determinado o foro competente, este estaria autorizado não só a aplicar a *lex fori* referentemente ao processo adotivo, como também a sua própria lei material para reger as relações daí decorrentes[377].

Isto posto, acredita-se ser válido verificar, ainda que de maneira sintética, os elementos de conexão na hipótese de uma adoção internacional, segundo a teoria da aplicação distributiva. Em exemplo didático trazido por Gustavo Monaco[378], as leis pessoais regulam tanto a capacidade dos adotantes, sendo necessário verificar se sua lei pessoal admite não só a adoção em si, como também se os candidatos reúnem as condições para adotar; quanto à capacidade para ser adotado. Por sua vez, a lei do foro (*lex fori*) regulará o procedimento, a forma por que se dará o ato jurídico; e, por fim, a lei pessoal das partes regulará os efeitos, em relação à família biológica e à família adotiva, produzidos pela adoção.

Considerando agora o ordenamento jurídico brasileiro, sobre a capacidade para adotar, o artigo 7º da LINDB[379] determina que a capacidade para adotar será sempre regulada pela lei do local em que domiciliado estiver o pretendente. No entanto, a Convenção de 1993 consagra como elemento de conexão o local de residência habitual dos pretendentes, isto é, no que tange às adoções internacionais nosso legislador entendeu que a capacidade de direito e a capacidade de fato devem ser reguladas pela lei sob cujo império residam os adotantes[380].

---

[375] MONACO, op.cit., 2002, p. 79-80.
[376] Ibid. p. 80.
[377] MONACO, op. cit., 2002, p. 80-81.
[378] Ibid., p. 82.
[379] Art. 7º - A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. (BRASIL, 1942).
[380] MONACO, op. cit., 2002, p. 84.

Já sobre a capacidade para ser adotado, será sempre a lei brasileira a aplicável, em específico a Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente[381], em sua subseção IV.

Hoje, a adoção internacional, adquire um viés intercultural, atribuindo ao Direito Internacional uma nova fonte de preocupação: o melhor interesse da criança. Acrescenta-se a isso, o direito – e dever – da criança de ser ouvida em todos os procedimentos que a ela digam respeito. Para tanto, e prosseguindo com o objetivo dessa pesquisa, analisar-se-á a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação de Adoção Internacional de Haia de 1993, para depois analisar a participação – sua possibilidade ou não.

A Convenção se dá mediante a necessidade da comunidade internacional de cumprir com os requisitos e condições básicas da adoção, dentre eles os mecanismos de comunicação e cooperação entre as atividades dos países envolvidos, vigilância e cooperação internacional entre os Estados signatários. O texto convencional procurou compatibilizar distintas línguas, legislações, culturas, interesses políticos, influências religiosas[382], a enfrentar os principais problemas da Convenção de 1960, também a tratar sobre Adoção Internacional.

É nesse contexto de múltipla proteção e promoção dos direitos da criança, que a Convenção de 1993 instituiu mecanismos de defesa e proteção do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, buscou impedir que adoções ilegais fossem concretizadas[383], positivando os interesses chaves do crescimento em meio familiar para o seu desenvolvimento, do caráter de subsidiariedade e da segurança jurídica e pessoal[384].

Passando à participação, em uma análise direta do texto convencional, a participação é mencionada no artigo 4º, subparágrafo d[385], por meio do qual estabelece que as adoções

---

[381] BRASIL, 1990. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

[382] FIGUEIRÊDO, 2002 apud LIBERATI, *Manual da Adoção Internacional.* 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

[383] Ibid. p. 39

[384] SOUZA, op. cit.

[385] Artigo 4º - As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem: a) tiverem determinado que a criança é adotável; b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança; c) tiverem se assegurado de: 1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem; 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito; 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e 4) que o consentimento da mãe, quando

abrangidas pela Convenção, isto é, com elementos estrangeiros, só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem tiverem se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de que ela tenha sido orientada e informada sobre as consequências do seu consentimento à adoção quando este for exigido; bem como tenha sido levadas em consideração a vontade e a opinião da criança e que seu consentimento tenha se dado de forma livre.

Verifica-se que, de maneira direta, a Convenção de 1993 prevê a participação da criança, indo além e podendo admitir que a participação da criança, seria um critério de validade aos procedimentos de adoção internacional.

Procurando abranger essa, Parra-Aranguren[386], no estudo explanatório sobre a Convenção de 1993, analisa o artigo 4º e seus incisos a trabalharem também a participação. Primeiramente, começa afirmando que o artigo está incluído no Capítulo II, que estabelece os requisitos de validade a serem preenchidas em todos os casos abrangidos pela Convenção e, caso aplicável, seja considerada a opinião, os desejos da criança.

As condições estabelecidas no artigo 4º, dentre eles o da participação, representam as salvaguardas mínimas necessárias para que a adoção internacional se dê com base no melhor interesse da criança e em respeito aos seus direitos humanos fundamentais[387]. Tanto é que o autor afirma que o subparágrafo do artigo 4º foi concebido para desenvolver os princípios contidos no artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança, sendo esse, base para a participação da criança, como já abordado nessa pesquisa[388].

Não há, como na Convenção sobre os direitos da criança, qualquer limitação de idade para a criança ser ouvida. E sim, em uma opção pela flexibilidade, que seja avaliada pelas autoridades do Estado de origem, a sua capacidade de participar, considerando fatores sociais, culturais, econômicos dentre outros. Importante ressaltar que o consentimento, a participação da criança deve se dar não para a adoção – essa advinda de um direito humano

---

exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e d) tiverem se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de: 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido; 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito; 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie. (BRASIL, 1999).

[386] PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Explanatory report on the convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption.* Disponível em: < www.hcch.net/upload/expl33e.pd>. Acesso em: 18 jul. 2017, p. 20-21.

[387] PARRA-ARANGUREN, op. cit., p. 21.

[388] Ibid. p. 27.

fundamental de convivência familiar, e de âmbito interno – e sim para o procedimento da adoção internacional.

Outra observação feita por Parra-Aranguren[389] é de que a expressão "quando este for exigido" a constar no subparágrafo d(1) tratando da participação, destina-se à determinação dos casos em que ela deve ser obtida, decidida pelos requisitos da lei aplicável ao procedimento da adoção internacional, isto é, a lei do foro.

Por sua vez, o subparágrafo d(2) é claro ao estabelecer que, muito embora o consentimento da criança não seja sempre requerido, é entendido ser insuficiente permitir que criança participe, se expresse, mas não tenha seu consentimento considerado. Isso advém da conjunção do artigo 12 – sobre o direito de a criança ser ouvida em todos os procedimentos que a ela digam respeito; e do artigo 13 da Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a liberdade de expressão e opinião.

Enfim, ambos esses subparágrafos se conectam ao artigo 16, subparágrafo c, lido em conjunto com o artigo 22, parágrafo 1 da Convenção de Adoção Internacional, por meio do qual fica estabelecido que é a Autoridade Central do Estado de origem da criança que irá determinar a necessidade de consentimento da criança nesses casos, devendo as regras procedimentais serem flexíveis o suficiente para assegurar o funcionamento e cumprimento dos princípios da Convenção.

Às autoridades centrais, é atribuído a função de observar que todos os aspectos de um processo de adoção internacional, desde o momento em que é formulada até a habilitação do candidato e, finalmente, à cooperação em caso de falha na Adoção Internacional. Assim, teriam elas o objetivo de centralizar e uniformizar os procedimentos administrativos concernentes aos atos preparatórios da adoção internacional.

Em suma, essa é uma opção oposta à feita Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças, em que a participação somente é expressamente admitida em casos excepcionais do artigo 13, mas utilizada de maneira ampla por meios integradores de resolução de conflitos, como a mediação. E sim vinculada como um requisito de validade, o que obriga os Estados-parte a cumprirem e, por consequência, a teoricamente adaptar procedimentos administrativos e judiciais para tanto.

Tal opção pode ser atribuída, na visão desse autor, à cronologia de elaboração da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção

[389] PARRA-ARANGUREN, op. cit., p. 28.

Internacional de 1993, posterior à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, na qual a participação adquire o caráter de direito estrutural; diferentemente da Convenção de 1980.

Dessa forma, o artigo 28 da Convenção é claro ao estabelecer que a Convenção não afetará nenhuma lei do Estado de origem que requeira que a adoção de uma criança residente habitualmente ocorra nesse Estado, ou que proíba a colocação da criança no Estado de acolhida ou seu deslocamento ao Estado de acolhida antes da adoção. Assim, os Estados envolvidos no processo de Adoção de Haia, são livres para estipular e regular os procedimentos, incluindo ou não a participação direta e indireta da criança nesses procedimentos.

Sob esse viés apenas, a participação – como em muitos outros casos já analisados no decorrer dessa pesquisa, estaria vinculada à discricionariedade dos Estados-parte da Convenção da Haia de 1993 a promoverem reformas na legislação nacional, de maneira a abranger a participação direta ou a participação indireta da criança nos procedimentos de adoção internacional. Enfim, essa é uma obrigação advinda desde a Convenção sobre os direitos da criança e, como se constatou, minimamente implementada dentre os Estados-partes.

Em um primeiro momento, é possível inferir que a participação da criança nos procedimentos de adoção internacional encontra, sim, previsão na Convenção de 1993, em seu artigo 4º, tratado aqui como um requisito de validade e que está de acordo com os artigos 12 e 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança. No entanto, não há obrigação por parte do Estado-parte de permitir a adoção internacional e sim de que, uma vez admitida, deve seguir os procedimentos da Convenção de 1993, elaborando regras que regulamentem a mesma.

Na opinião desse autor, a interpretação correta e que garantiria a participação nos casos passa por dois elementos: primeiramente compreender que a regulamentação das políticas de adoção internacional é uma consequência direta do princípio paradigma do melhor interesse, atribuída à efetividade da Convenção sobre os direitos da criança, como destacado no parágrafo anterior ; e, em um segundo momento, considerar a participação substancial e procedimental da criança nos processos de adoção internacional como um requisito de validade[390].

Sobre o primeiro, o Comitê sobre os Direitos da Criança já destacou que todas as políticas e medidas relativas à criança devem garantir que o melhor interesse é a

[390] PARRA-ARANGUREN, op. cit.

consideração primária em sua elaboração, formulando recomendações para tanto. Outro destaque dado pelo Comitê diz respeito ao *Child Rights Impact Assesment (CRIA)*, procedimento capaz de prever o impacto de qualquer política, legislação, regulação, alocação orçamentária ou medida administrativa que afete a criança e seus direitos[391] e a ser implementado em cada um dos Estados-partes[392], que condiz com o melhor interesse.

Ainda, às partes envolvidas, deve ser garantido o direito de acesso à informação. Esse composto não só pela informação a ser dada à criança sobre todo o processo, mas também envolvendo o direito das autoridades do país de origem da criança de acesso ao histórico psicossocial dos candidatos à adoção, na persecução de que o melhor interesse esteja em seu papel central no mesmo, conexo a outros direitos humanos fundamentais envolvidos.

O princípio do melhor interesse, como elemento central, facilitaria a participação substancial da criança nos procedimentos de adoção internacional, sem qualquer juízo de valor negativo por parte das autoridades envolvidas.

Sobre o segundo, considerar a participação substancial e procedimental como um requisito de validade para a decisão da habilitação e concessão da adoção internacional, garantia de que a criança tenha expressado suas opiniões e desejos livremente sobre as consequências da adoção internacional, considerando sempre a sua maturidade e habilidade para tanto.

Nigel Cantwell[393] parte da análise da conjunção legal entre o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança e o artigo 4.d da Convenção da Haia de 1993, pelos quais, à criança que possuir maturidade e capacidade, deve ser dada a chance de opinar sobre o procedimento de adoção internacional que está envolvida. No entanto, considerando que a faixa etária buscada pelos adotantes está compreendida entre zero e quatro anos, haveriam contradições se essas crianças conseguiriam compreender as implicações do processo de adoção, bem como a ambientação cultural e mudança de país daí advindas.

No entanto, a opinião da criança, o seu consentimento, não implica necessariamente em oralidade, e sim, como ressaltado nos Guias de Boas Práticas, na qualificação dos

---

[391] COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2013, paragraph 99. General Comment Nº 14. *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=em>. Acesso em: 22 out. 2017.

[392] Há aqui, como bem observado por Nigel Cantwell, espaço para a discricionariedade, uma vez que o entendimento do que seria o melhor interesse diferiria de Estado para Estado. A interpretação objetiva apontada por Nigel Thomas e Claire O`Kane como uma solução à discricionariedade não garantia, na visão do autor dessa pesquisa, a segurança necessária para encarar as CRIAS como uma solução definitiva à participação da criança nos procedimentos de direito internacional da família. Todavia, é, sim, um ótimo ponto de reflexão, ao qual consideramos válido nessa pesquisa.

[393] CANTWELL, op. cit., p. 61-63.

profissionais envolvidos, dos auxiliares do judiciários, tornando-os assertivos na percepção do histórico da criança e dos adotantes, o desenvolvimento psicológico da criança e outros fatores exógenos, para assim expressarem à autoridade responsável pelo procedimento da adoção internacional a recomendação de adoção consentida, dado de maneira oral ou não.

Indagação que se posta aqui é se o consentimento participativo da criança, nos casos em que forem estabelecidos laços de afeto que recomendem a criação do vínculo paterno/materno-filial[394], poderia se dar de maneira implícita.

Primeiramente, no campo, Direito Civil brasileiro, se estaria diante de dois diferentes temas. O da filiação socioafetiva, prevista o artigo 1.593 do Código Civil e o da Adoção, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A filiação socioafetiva corresponde à verdade construída pela convivência e assegura o direito de filiação, já que o filho goza da posse de estado[395] e, para tanto, devem estar presentes a boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório que invalidassem o viés ético do qual desfruta[396]. O reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva[397], guardados os requisitos de reconhecimento social (externo) e afetividade (interno), gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil e se legitima, quando se tratar de menor, no princípio do melhor interesse da criança.

No entanto, essa filiação, a partir de entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal[398] e pelo Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, é possível registrar a paternidade ou maternidade socioafetiva diretamente nos Cartórios Extrajudiciais de Registro Civil, sem intervenção do Judiciário.

Teríamos, então, duas hipóteses: o registro judicial, no qual a participação da criança se dá de maneira oral ou não, sendo considerado os laços familiares estabelecidos e, por meio de avaliação a ser produzida por membros designados, auxiliarão o Magistrado no caso concreto; e o registro extrajudicial, no qual o oficial do Registro responsável procederá com um procedimento documental, presumindo a participação da criança em todo o processo e

---

[394] Essa indagação advém de observação feita pelo Orientador Prof. Associado Dr. Gustavo Monaco, o qual esse autor julgou de extrema relevância e interesse adicionar a essa pesquisa.

[395] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 429.

[396] Ibid., p. 429.

[397] BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do parentesco sociofetivo. In. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD,* Rio de Janeiro, v. 2, n. 24, 2013, p. 111-125.

[398] Nesse sentido AREsp 660156/MT, REsp 1274240/SP, REsp 709608/MS, Recurso Extraordinário (RE) 898.060-SP. IBDFAM. *Reconhecimento de filiação socioafetiva sem necessidade de adoção.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6312/Reconhecimento+de+filia%C3%A7%C3%A3o+ socioafetiva+sem+necessidade+de+ado%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 27 de dez. 2017.

os laços familiares estabelecidos que levaram os pais à decisão de reconhecer o vínculo de filiação.

Por sua vez, o reconhecimento de filiação socioafetiva não implica na necessidade de adoção da criança[399]. O Estatuto da Criança e do Adolescente é silente sobre o consentimento das crianças menores de doze anos, ainda que esse seja recomendado e a prática forense indique que essa ocorra. Como se trata de um procedimento judicial, esse autor entende que a participação, de maneira oral ou não, se dará com fulcro no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo aplicável o mesmo raciocínio aferido no reconhecimento da filiação socioafetiva judicial, ou seja, serão avaliados participação e laços socioafetivos.

Agora sobre a adoção internacional, a pergunta à indagação partiria da análise dos ordenamentos jurídicos envolvidos, para verificar se, à luz da teoria distributiva, a lei pessoal do adotado exigiria o seu consentimento, explícito ou não; bem como se a lei do foro que regulará o procedimento de adoção internacional prevê também o processo participativo e sopesar os laços afetivos evidenciados no caso concreto.

Como aponta Nigel Cantwell[400], alguns países signatários da Convenção como Mongólia, São Tomé e Príncipe e Liechtenstein apontam que o consentimento pode se dar a partir dos 5 anos; enquanto outros como Chipre e República Checa entendem expressamente a necessidade da criança de compreender o conceito de adoção e participar do procedimento, independente da idade. No Brasil, por exemplo, se aplicaria o mesmo raciocínio feito nesse tópico para a adoção.

Ademais, deve ser considerado o fato de que a Convenção de 1993 já prevê o que em seus Comentários diversas formas da criança explicitar o seu consentimento, de maneira oral ou não, o que poderia inibir uma presunção de participação. Todo o exposto enfraquece, na visão pessoal desse autor, a alegação de que crianças poderiam ter o seu consentimento participativo presumido em razão do estabelecimento de laços afetivos que recomendassem a criação do vínculo de filiação. Diante da importância que o direito à convivência familiar, filiação e o tema da adoção internacional adquirem, parece à esse autor que o formalismo a revestir esse processo, incluindo um consentimento expresso, deve ser valorizado.

---

[399] Nesse sentido: IBDFAM. *Reconhecimento de filiação socioafetiva sem necessidade de adoção.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6312/Reconhecimento+de+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+sem+necessidade+de+ado%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 27 de dez. 2017.

[400] CANTWELL, op. cit., p. 63.

Em suma, compreender a participação como um requisito de validade e derivado do princípio do melhor interesse no que tange aos procedimentos de adoção internacional parece, ao autor dessa pesquisa, a mínima garantia de cumprimento – e eficácia – do artigo 12 e artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança nesses procedimentos. Recorrer novamente à discricionariedade dos Estados na promoção de medidas de caráter político quando o artigo 4º da Convenção sobre a Adoção Internacional é claro sobre a necessidade de consentimento da criança, de sua opinião, livre de influências externas seria negar o direito de ter uma família e contra o melhor interesse à situação.

4.3 Guarda Internacional

Do Direito Romano à Codificação moderna, importa observar que o conceito de família se modificou com o tempo e acontecimentos históricos. No Direito Romano, o *pater famílias* designava o chefe, com poder praticamente absoluto e exercido sobre a mulher, filhos e escravos; um conjunto de obrigações no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores[401]. Por sua vez, na Idade Média, as relações familiares expressaram a influência do Direito Canônico, revelando esforços de codificação e unificação, como nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas; bem como transformações em relação ao matrimônio, poder patriarcal e construção das tradições de família e de relações familiares, hoje tidas como tanto inaceitáveis.

No Brasil, por exemplo, o Código Civil de 1916 previa uma só forma de família, a constituída pelo casamento, mantido até a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual diferentes formas de família foram reconhecidas. A Constituição passa a consagrar, a partir do artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado o direito da criança e do adolescente, dentre outros, o direito à vida, saúde, educação e convivência familiar[402].

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, consagra que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência[403].

---

[401] AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-4.

[402] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, Cap. VII, p. 25. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

[403] BRASIL, 1990. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente

Por fim, com o Código Civil de 2002, integra os princípios e valores do direito de família brasileiro a um novo tempo, uma interpretação sob a ótica da função social da família, atribuindo o poder familiar a ambos os pais, fiscalizado pelo Estado com o fim de proteção e garantir o melhor interesse do menor.

Hoje, o poder familiar tem uma concepção instrumental e democrática[404], que vai além da interpretação legalista brasileira de conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores; ou ainda a histórica de um poder de sujeição, patriarcal. E sim de concepção funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando a sua educação e criação de forma participativa, com respeito a sua individualidade e integridade biopsiquíca e, sobretudo, pautada no afeto, ou seja, em concordância com o melhor interesse.

Tanto se concorda com essa ampla definição no âmbito dessa pesquisa que, a expressão "pátrio poder", foi em muitos países substituídas por termos com acepção mais ampla, tal como guarda familiar (*elterliche Sorge)* na Alemanha com a lei de Reforma do Direito de Guarda Familiar de 18/7/1979; ou a as adotadas por Maria Clara Sotomayor[405], responsabilidade parental ou cuidado parental a exprimirem uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas emocionais e intelectuais de seus filhos, com natureza jurídica que engloba um conjunto de direitos-deveres dos pais para com os filhos.

Essa breve explanação serve para demonstrar que o poder familiar é objeto de intensas discussões. A se iniciar pela evolução de seu conceito e, no âmbito dessa pesquisa, pelas Convenções Internacionais e as questões que dele derivam, como o da guarda internacional e a participação da criança nesses procedimentos, objetos de análise nesse tópico[406].

Assim, no que tange ao direito internacional privado, a relação entre pais e filhos é estudada a partir da perspectiva de atribuição de competência das autoridades judiciárias e administrativas para o exercício da proteção devida às crianças, bem como a competência

---

e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

[404] RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder Familiar e a Guarda Compartilhada*: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42-45.

[405] SOTTOMAYOR, Maria Clara Pereira de Sousa. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. rev. aum. e actual. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 16.

[406] Aqui válido fazer uma observação de que o objetivo desse capítulo não é discutir qual a melhor lei aplicável na legislação brasileira ou críticas em relação à força vinculante da norma estrangeira, ou o princípio da proximidade nos casos de guarda internacional. E sim, como se fez até o presente momento, identificar nos mecanismos do direito internacional privado da família a participação da criança, em especial convencionais, concluindo pela efetivação ou não do princípio do melhor interesse.

legislativa[407]. E ainda temas como a guarda, atribuída a um ou ambos os genitores de forma conjunta ou alternada[408], podendo ser regida, por exemplo, pela lei nacional do filho, da mãe ou do pai, ou de ambos.

Seguindo a sistemática adotada em todo esse trabalho e considerando as alterações introduzidas pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2009, e pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a doutrina brasileira estabelece que a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada[409], como dispõe o artigo 1.583 do Código Civil de 2002.

A guarda unilateral ou exclusiva é atribuída a um dos genitores que apresente os requisitos exigidos em lei, tornando-se o genitor-guardião, isto é, aquele que guarda o maior grau de interesse existencial da prole, tomando decisões em concordância com o melhor interesse da criança. Isso não exime, contudo, o genitor não-guardião que deverá, de acordo com o parágrafo 5º do artigo 1.583 do Código Civil, supervisionar o interesse dos filhos.

Já a guarda compartilhada ou conjunta, é definida como aquela em que não há exclusividade em seu exercício, sendo que os guardiães possuem corresponsabilidades pela condução da vida dos filhos, passando a partir de 2014 a ser o regime prioritário, salvo manifestação de recusa expressa[410]. A guarda compartilhada necessita de um amadurecimento social por parte dos pais que implique a capacidade de perceber e compreender que as relações entre eles travadas diferenciam-se das relações que devem travar, cada um deles, com a prole comum e que passa, certamente, pelo respeito às relações pessoais do outro genitor[411].

Importante observar que não há no Código Civil brasileiro qualquer menção expressa à participação direta ou indireta da criança nos procedimentos de definição de guarda. Todavia, a prática forense demonstra que a criança é sim ouvida de maneira indireta ou direta

---

[407] DOLINGER, op. cit., p. 169.

[408] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda internacional de Crianças.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43.

[409] Adotou-se aqui a classificação dualista a partir da inteligência do artigo 1.583 do CC/2002. Todavia, a doutrina classifica ainda a guarda em guarda alternada, cujo apis revezam os períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro direito de visitas (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2017). Bem como a nidação, em que a criança é mantida no domicílio em que vivia o casal antes do divórcio ou separação, e os pais e revezam na companhia dessa. Há ainda modalidade comum, onde a criança é levada à casa estatal ou de entidades autorizadas, em livre tradução casas comunitárias, para conviver com um dos guardiões, sob supervisão de assistentes sociais e/ou psicólogos, quando o domicílio do guardião oferece algum risco à mesma.

[410] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 6: direito de família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 613.

[411] SOTTOMAYOR, Maria Clara. Divórcio, poder parental e realidade social: algumas questões. *Direito e Justiç*a: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 11, n. 2, pp. 161-172, 1997. apud. MONACO, 2012, op. cit., p. 89.

nesses procedimentos, expressando à autoridade competente com qual dos genitores deseja ficar, o que esse autor considera a melhor alternativa para a criança.

Quando se adiciona um elemento de estraneidade, no entanto, a guarda de crianças ganha contornos complicados, normalmente representados pela residência de um dos pais em Estado diferente daquele em que a criança vive com genitor que detém sua guarda[412], isto é, verificar diante do elemento de conexão normativo qual a lei mais adequada.

No âmbito da Conferência da Haia, nos últimos anos, três foram as Convenções desenvolvidas com o objetivo de fornecer aos Estados mecanismos de cooperação com o fim de proteger o melhor interesse. As duas primeiras, da Subtração Internacional de 1980 e da Adoção Internacional em 1993, já foram objeto de análise nesse capítulo. E no que concerne a esse tópico a Convenção da Haia relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças de 1996, com um amplo escopo de atuação quando comparada às duas primeiras, envolvendo várias medidas civis de proteção para com as crianças[413], dentre eles a guarda e que, desde o seu preâmbulo, guarda ligação com a Convenção sobre os Direitos da Criança e os direitos e deveres nela contidos.

A Convenção de 1996 veio a reformular a Convenção sobre Competência das Autoridades e a Lei Aplicável em matéria de proteção de menores de 1961, que dava um enfoque acentuado à autoridade competente, ficando as questões relativas entre pais e filhos relegadas a segundo plano[414].

A Convenção de 1961 atribui, em seu artigo 1º, uma competência genérica em favor das autoridades judiciárias e administrativas de um determinado Estado Contratante para que esse tome as medidas consideradas necessárias para garantir a proteção aos direitos pessoais e patrimoniais da criança sempre que a residência habitual esteja fixada naquele estado[415], estabelecendo o critério da *lex fori* como a lei aplicável para reger as medidas de proteção (artigo 2º).

Importante observar que a verificação da lei aplicável se atém à verificação do princípio da coincidência do *forum-ius*, isto é, as medidas tomadas com base nos artigos 1º e 2º subsistirão apenas até que outro Estado que também seja competente, porém por título

---

[412] MONACO, op. cit., 2012, p. 99.
[413] HCCH. Hague Convention Child Protection. September 2008 (p. 1). *The Hague Convention of 1996 on the International Protection of Children*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/be4083a2-ed90-4dc2-bb97-13be22e6a5d8.pdf> Acesso em: 27 de dez. 2017.
[414] DOLINGER, op. cit., p. 171.
[415] MONACO, op. cit, 2012, p. 131.

diverso (nacionalidade da criança, por exemplo), tome as medidas exigidas pela situação[416]. Assim, uma de suas principais dificuldades deriva de que a Convenção de 1961 estabeleceu uma competência concorrente entre as autoridades da residência habitual da criança e as autoridades de sua nacionalidade[417], pressupondo ainda para o seu pleno funcionamento uma complexa rede de comunicação entre os Estados-parte.

Monaco, abordando os problemas trazidos pela Convenção de 1961, aponta que a ausência de regras explícitas e facilitadoras a respeito do reconhecimento e da execução de tais decisões sobre medidas de proteção, acabou por tornar incompleta a convenção nas hipóteses em que se fazia necessária a produção dos efeitos da sentença em Estado outro que não o da nacionalidade da criança[418].

Feita essa análise, a Convenção de 1996, desde o seu preâmbulo já faz relações com a Convenção sobre os Direitos da Criança e, ainda, sua conexão com a Convenção de 1980 sobre subtração internacional, de maneira a reforçar o papel da autoridade competente no local da criança para tomar medidas temporárias protetivas que garantam o seu melhor interesse e, posteriormente, determinar que essas medidas continuem válidas quando do retorno da criança e enquanto as autoridades do país de residência habitual não tomarem as decisões necessárias para garantir a sua proteção, assegurando que todos os Estados contratantes reconheçam e executem as decisões havidas em outro Estado-parte, além de criar mecanismos de cooperação considerados necessários para o bom funcionamento e a persecução dos objetivos da Convenção[419].

Em seu artigo 1º, a Convenção de 1996, determina que dentre os seus objetos está determinar a lei aplicável nos casos de proteção da pessoa ou bens da criança, bem como da responsabilidade parental e estabelecer a cooperação internacional entre os Estados contratantes[420]. Já o artigo 3º enumera as medidas de proteção, não exaustivas, a incluírem atribuição, exercício, término ou restrição da responsabilidade parental; tutela, curatela e instituições análogas; autoridades responsáveis. É na alínea b desse artigo, que reproduz o conceito do artigo 5º da Convenção de 1980 sobre Subtração Internacional, em que se

---

[416] Ibid., p. 132.

[417] LAGARDE, Paul. *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*. Haia, 1998. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943>. Acesso em: 10 ago. 2017.

[418] MONACO, op. cit., 2012, p. 134.

[419] Ibid., p. 137.

[420] HAIA, 1996. *A Convenção de Haia Concernente à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção da Criança de 1996*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

encontra a abordagem direta sobre os direitos de guarda, incluindo o direito da remoção temporária da criança de sua residência habitual.

Com 46 países contratantes até o presente momento, a Convenção de 1996 encontra dificuldades quando comparada à Convenção sobre os Direitos da Criança, isso por que como uma Convenção mais tradicional de direito internacional privado e conflito de leis, exige dos Estados contratantes um maior nível de harmonização entre seus sistemas legais, principalmente no que tange ao Capítulo IV, sobre reconhecimento e execução de decisões, ponto focal de análise na participação da criança nos procedimentos de guarda internacional.

Em linhas gerais, a Convenção de 1996, em seu artigo 5º, adota o critério da residência habitual da criança para determinar a jurisdição competente direcionadas à proteção da pessoa da criança e de sua propriedade. Esse conceito, como pondera Peter Nygh não é definido pela Convenção, indicando o centro de gravidade da vida da criança e suas atividades, não sendo necessário coincidir com o dos pais[421].

Sobre a residência habitual, implica, no âmbito da Convenção de 1996– salvo hipóteses de modificação ilícita da mesma – a alteração da competência que, entretanto, permanece relativamente às autoridades competentes nas situações de ilicitude (subtração), isso se não houver concordância expressa ou ficta dos responsáveis pela criança com a alteração da residência[422]. Caso a residência habitual não seja de um Estado Contratante, a competência dos Estados Contratantes se mantém apenas em casos de urgência, não impedindo a concorrência de competências de acordo com a legislação doméstica de cada país.

Ainda nesse aspecto, há possibilidade de renúncia de competência do Estado da residência habitual para um outro Estado contratante, desde que seja o Estado que a criança é um nacional; ou onde o seu patrimônio esteja situado; Estados cujas autoridades são surpreendidas por um pedido de divórcio ou de separação judicial dos pais da criança, ou por uma anulação de sua união; ou, por fim, Estado que a criança tem uma conexão substancial[423].

Ressalta-se que a declinação de competência por parte do Estado de residência habitual da criança somente é válida com a manifestação expressa do outro Estado sobre

---

[421] NYGH, Peter. The Hague Convention on the protection of the children. *Netherlands international law review.* The Hague, v. 45, n. 1, 1998, p. 12-13 apud. MONACO, op. cit., 2012, p. 139.

[422] MONACO, op. cit., 2012, p. 139-140.

[423] HAIA. *Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças*. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=70>. Acesso em: 21 out. 2017.

essa faculdade, por entender que é o foro mais adequado a resolver a questão. A razão é garantir que o melhor interesse da criança possa ser garantido, o que não ocorreria se a Convenção tivesse adotado a doutrina do *forum non conveniens*. É o que Paul Lagarde destaca em seu Relatório explanatório da Convenção, como um mecanismo reverso de *forum non conveniens* e *forum conveniens*, se implicar na representação do melhor interesse da criança[424].

Seguindo, o texto convencional encontra no artigo 15 a determinação que a lei aplicável nos casos em que possuírem jurisdição será a lei dos Estados Contratantes sendo, novamente, possível a aplicação da lei de outro Estado que guarde substancial conexão com o caso, baseado aqui no princípio do melhor interesse. A mesma sistemática se segue, até o artigo 23, onde se encontram determinações diretamente relacionadas à participação da criança.

O artigo 23 da Convenção de 1996 inaugura o Capítulo da Convenção que trata sobre o reconhecimento e execução de decisões. Em seu parágrafo 2º, no subparágrafo b, a Convenção permite ao Estado contratante que se recuse reconhecer medida tomada no contexto judicial ou administrativo, com exceção das dadas em caráter de urgência, se a criança não tiver tido a oportunidade de ser ouvida, em violação aos princípios fundamentais do procedimento no Estado demandado. Está aqui um ponto central na análise da participação na Convenção.

Assim como na Convenção sobre Adoção Internacional, o manual de práticas da Convenção de 1996[425] é claro ao estabelecer que a Convenção não pretende modificar as regras procedimentais dos Estados contratantes no que diz respeito ao direito da criança de ser ouvida e sim de que a ordem pública do Estado demandado não será comprometida reconhecendo decisão de outro Estado Contratante onde esse princípio não fora observado.

Paul Lagarde no relatório explicativo destaca que essa possibilidade é diretamente inspirada pelo artigo 12, parágrafo 2º da Convenção sobre os direitos da criança. Ainda assim isso não implica que a criança deverá ser ouvida em todos os procedimentos relativos à guarda internacional, por exemplo. E sim de quando a falha em considerar a opinião da

---

[424] LAGARDE, Paul. op. cit., 2008, p. 559.

[425] HAGUE. *Practical Handbook on the operation* of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Hague: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014, p. 105.

criança ou ouvi-la nos procedimentos abrangidos pela Convenção contraria os princípios fundamentais no Estado demandado[426].

Há aqui alguns pontos de reflexão. Primeiro é a suposição por parte da Convenção de 1996 de que todos os países signatários contêm o direito de participação da criança sistematizado em suas regras procedimentais e legislações nacionais. Essa é uma afirmação, como já se demonstrou nos capítulos anteriores, passível de contestação, uma vez que alguns dos países contratantes sequer preveem a participação da criança em processos de guarda internacional ou qualquer dos outros procedimentos de direito internacional privado da família.

Ainda, evidencia a falta de uniformidade entre os sistemas legislativos dos países e a grande fragilidade da Convenção. A fragilidade se aplica, por óbvio, tanto para países cujo sistema de proteção e promoção dos direitos da criança é rudimentar, não capazes de garantir que a participação e o princípio do melhor interesse está sendo observado; quanto para aqueles países, com sistemas mais maduros e estruturados, mas que não conseguiram promover as medidas de caráter político que garantam a participação substancial e procedimental da criança com o fim de proporcionar maior eficácia aos direitos e deveres contidos na Convenção de 1989.

Para esse autor é no mínimo provocativo indagar o motivo que a Convenção de 1996 não inseriu dentre seus dispositivos, requisitos de validade, como na de Adoção Internacional para considerar a opinião das crianças nos casos envolvidos. O artigo 4º auxiliaria a esclarecer que a Convenção sobre lei aplicável opta por não regular qualquer decisão sobre adoção, deixando à Convenção de 1993 esse papel; bem como a menção à Convenção de 1980 sobre subtração em seu preâmbulo.

Esse papel seria delegado ao preâmbulo da Convenção, que estabelece um vínculo, ainda que frágil, com a Convenção sobre os direitos da criança, garantindo os direitos nelas previstos, como o direito da criança de ser ouvida.

Assim como na Convenção de 1989, a Convenção de 1996 impõe um limite de idade para atuação, até os 18 anos, que facilita a sua aplicação na ordem interna dos Estados-signatários considerando que bastaria agora que autoridades avaliassem a maturidade da criança, de forma direta ou pelos auxiliares da justiça, como psicólogos e assistentes sociais.

---

[426] LAGARDE, op. cit., p. 585.

A participação substancial e procedimental da criança nos procedimentos de guarda internacional permite que o processo de decisão esteja centrado nela, dando oportunidade para que as necessidades físicas, emocionais e sociais da criança sejam avaliadas pela autoridade responsável. Ainda, se o objetivo maior é decidir de acordo com o melhor interesse da criança, seria ilógico pensar em um processo de decisão sem a sua participação, representando um risco ao desenvolvimento da criança caso essa participação não seja considerada.

As mesmas considerações reiteradamente feitas nessa pesquisa também se aplicariam: a criança deve ter acesso à informação sobre esses mecanismos de participação direta ou indireta nos casos de guarda internacional, tendo a oportunidade de requerer – por meio de representante ou não – perante a autoridade responsável, o seu direito de participar.

Bastaria, que as autoridades responsáveis atribuíssem eficácia à opinião prestada pela criança, seja ela de forma direta ou indireta, já que válida a partir de inteligência do artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança. Enfim, é a partir do preâmbulo da Convenção que se estabelece um vínculo frágil com a Convenção sobre os direitos da criança, garantindo que os direitos nela previstos, como o da participação e do melhor interesse, sejam respeitados e previstos.

Em suma, esse capítulo teve por objetivo analisar os mecanismos de participação da criança em alguns temas do direito internacional privado da família, sendo eles a subtração internacional, a adoção internacional e a guarda internacional, para traçar as futuras conclusões sobre a efetivação do princípio do melhor interesse nesses.

Nos três temas há uma clara possibilidade de participação da criança, em seu caráter substancial e procedimental, e essa possibilidade parece efetivar toda a carga interpretativa envolvida no princípio do melhor interesse, ainda que barreiras já explanadas em outros capítulos continuem a existir. Na subtração internacional, o artigo 13 da Convenção trata a participação como uma exceção, mas sua intrínseca conexão com a Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como aplicação de meios integradores de conflito permitem inferir que esse instituto é um campo fértil para a participação da criança, considerando a celeridade exigida nesses processos.

Já o instituto da adoção internacional, e a Convenção da Haia de 1993, constituem, na visão desse autor, o exemplo mais bem estruturado sobre a participação. Considerá-la como um requisito de validade dos casos, isto é, a necessidade de oportunizar a participação da criança e seu consentimento, é indubitavelmente traduzir a participação substancial e procedimental, bem como efetivar o melhor interesse nos casos.

Por fim, sobre a guarda internacional não há, em termos convencionais, menção expressa à participação. A vinculação ocorre por meio do preâmbulo da Convenção, junto ao artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança e é, na visão desse autor, frágil. Na ordem interna, todavia, a possibilidade não é uniforme, vide ausência de uma sistematicidade de medidas de caráter político aptas a garantir, totalmente, o direito à participação, como forma de proporcionar eficácia aos direitos e deveres previstos na Convenção de 1989.

Em síntese, a prática indica sim a uma sistematização de procedimentos centrados na criança, com decisões que de fato consideram sua opinião e oportunizam que o melhor interesse seja efetivado; bem como reformas legislativas a contribuírem para a efetivação desse princípio. Mas afirmar que essa garantia está sistematizada em todos os países é, na visão desse autor, temeroso.

Em geral, o que se delineia é que muito embora as promoções das reformas necessárias relacionadas à Convenção sobre os Direitos da Criança influenciem na efetividade da participação e, consequentemente, do melhor interesse, uma interpretação conjunta desses implica que não há possibilidade de uma visão apenas procedimental nos procedimentos de direito internacional privado da família. Uma vez interpretados conjuntamente, a eficácia do melhor interesse nos mecanismos de participação é garantida.

CONCLUSÕES

A busca por uma conceituação universal sobre o que seria o princípio do melhor interesse da criança serviu como ponto nevrálgico e motivador para o desenvolvimento dessa pesquisa. A inquietude motivou investigações, que fizeram todo o cerne da pesquisa se voltar às interpretações advindas da conjunção do princípio do melhor interesse, previsto no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, ao direito da criança de ser ouvida em todos os procedimentos que a ela digam respeito, o artigo 12 da Convenção.

A primeira conclusão que este trabalho chega é que, de fato, o princípio do melhor interesse não possui uma conceituação objetiva e universal, e que defender essa conceituação, como esse autor pretendeu fazer em um início de pesquisa, seria impedir sua efetivação enquanto *overwhelming paramount principle*, a consolidar as mudanças de paradigma necessárias aos direitos da criança, agora como um sujeito de direito.

O princípio do melhor interesse é, como bem trazem os Comentários do Comitê sobre os direitos da criança, constituído por três diferentes conceitos: o do direito substantivo; o do princípio legal interpretativo e o da regra de procedimento. Esse amplo espectro interpretativo permite que seu objetivo fundamental de assegurar à criança proteção e cuidados necessários ao seu desenvolvimento, bem como promover as reformas necessárias à sua implementação, sejam feitos de maneira universal, não só com o apoio da ordem interna, e sim da ordem internacional.

Os parâmetros mínimos e de validade a serem considerados para a eficácia do princípio do melhor interesse, que compartilham muito com as características apresentada pela doutrina em relação aos direitos humanos, garantem a objetividade necessária para a sua implementação pelos Estados, sem, contudo, perder a sua adaptabilidade necessária para uma aplicação individualizada aos casos concretos.

Ao princípio do melhor interesse é atribuído o que se denominou nesse trabalho uma deliberada indefinição, conexa à flexibilidade necessária para sua aplicação em todos os casos relativos à criança, um parâmetro universal; e a sua permeabilidade, para figurar como consideração primária em diversas áreas de direito. No entanto, flexibilidade e permeabilidade não só justificam a interdisciplinaridade do princípio, e sim uma conexão intrínseca e extrínseca a outros direitos da criança, como o da participação, que encontra um fértil campo de aplicação no direito internacional privado de família.

Essa culmina na segunda conclusão dessa pesquisa, relativa ao direito de participação da criança. Não bastaria para analisar os mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família e traçar conclusões sobre a efetivação do melhor interesse, se apegar apenas à definição do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. E sim de que seria necessária uma análise pormenorizada dos conceitos e teorias da participação, na busca de traçar uma definição que se adeque à análise da atuação no direito de família.

Essa análise permitiu identificar que o artigo 12 estabelece aos Estados-parte da Convenção, por óbvio, uma obrigação de garantir o direito de participação, respeitando o sistema jurídico e a vontade da criança. No entanto, não permite que crianças fora de contextos sociais interiores e comuns, expressem sua opinião e sejam protegidas como bem pretende a conjunção dos artigos 12 e 3º da Convenção.

Uma das intenções primordiais da participação, ser capaz de formar um senso de conveniência e pertencimento da criança, implicando no seu desenvolvimento e realização enquanto cidadã, estaria, na visão desse autor, ameaçada pela própria generalidade do artigo 12, já que beneficia grupos e não desafia Estados e organizações a enfrentarem uma multiplicidade de fatores. E sim os incentiva a mimetizar instituições e processos para incluir a participação da criança baseado nos instrumentos participativos dos adultos.

Essa análise da participação permitiu, além de criar as bases para que fosse considerada em esferas administrativas judiciais e extrajudiciais que foram analisadas *in concreto* nos capítulos finais da pesquisa, concluir que a participação da criança em uma escala real e não mimetizada está vinculada à necessidade de desenvolver processos que informem e permitam o amplo acesso da criança e considerem que a participação é um direito fundamental de cidadania, base do Estado Democrático.

A terceira conclusão traçada nessa pesquisa se relaciona à proposição de um novo conceito para a participação da criança, a saber o direito da criança de expressar-se e engajar-se de maneira direta ou por meio de representantes, em todos os assuntos a ela relacionados no direito internacional privado da família, respeitado seu desenvolvimento mental e formas de expressão, e levando em consideração seu bem-estar superior e o exercício de sua cidadania. E esse conceito está claramente relacionado à efetividade do melhor interesse.

Feitas as considerações sobre a participação, a pesquisa avançou sobre outra necessidade advinda da indagação de como analisar os mecanismos de participação no direito internacional privado da família e a efetivação do melhor interesse sem, contudo, verificar como os Estados-parte implementavam as disposições contidas na natureza e no escopo da participação, bem como solucionam os entraves daí advindos.

Uma quarta conclusão obtida, a partir da análise de dados relacionados à pesquisa sistematizada pela *Yale Law School* sobre os Estados signatários e seus sistemas de promoção e proteção dos direitos da criança, é que uma ínfima porcentagem possuía em 2005 provisões que garantiam uma participação direta ou indireta da criança, sendo que mais de 67 Estados sequer possuíam previsões para que a criança fosse ouvida em procedimentos judiciais e administrativos, ou ainda, nenhum procedimento de proteção das crianças.

Os motivos apontados para esse alarmante dado é que a participação da criança é concebida pela grande maioria dos 194 Estados signatários da Convenção apenas em seu caráter procedimental. O caráter substancial, por sua vez, era relegado pelos Estados e apontava para a dificuldade em traduzir a participação do artigo 12 da Convenção e sua implementação prática.

Importante ressaltar aqui a discordância sobre a crítica de alguns autores de que a Convenção é falha ao não prever expressamente o método apto a concretizar os princípios individuais e provisões contidos em seu texto. Essa crítica parte de um pressuposto frágil de que um tratado poderia criar uma obrigação de reforma constituinte aos Estados. Ainda, desconsidera que essa opção implicaria em uma menor adesão ou ratificação com reservas da Convenção, sob a alegação de que esse suposto método iria ferir a ordem pública. E, por fim, desconsidera a multiplicidade de soluções legislativas dentre os Estados-parte sobre o status hierárquico da Convenção e a já existente efetividade dos seus dispositivos.

Frente à forte carga principiológica que a Convenção possui, entender a participação da criança conexa ao princípio do melhor interesse da criança conexo; bem como um requisito de validade aos procedimentos de direito internacional privado da família parece, ao autor dessa pesquisa, uma conclusão apta a enfrentar a omissão dos Estados e a falta de implementação de medidas de caráter político com o fim de proporcionar eficácia e efetividade aos dispositivos convencionais; bem como evitar embates se a exceção de ordem pública seria alegável diante desses princípios e direitos.

A implementação prática do direito à participação leva a pesquisa para uma quinta conclusão, ou seja, a falta de um consenso legal no que tange a materialização da participação nos procedimentos de direito internacional privado da família, sua operacionalização e a efetivação do melhor interesse.

Analisar como integrar essas crianças a todos os processos e procedimentos, em acordo com o melhor interesse, exigiria uma sistematização que reforçasse o papel do artigo 12 como *paramount principle;* e a exigir que a obrigação positiva prevista no artigo 4º fosse

cumprida, isto é, a adoção de medidas administrativas legislativas e outras fossem executadas pelo Estado.

A sexta conclusão é que a interpretação da Convenção deve ser, como defende Dolinger, dualista, com dispositivos autoexecutáveis, como o melhor interesse e da participação, claramente ligados a conceitos principiológicos e de direitos humanos fundamentais; e outros cuja efetividade e eficácia estariam vinculadas à adoção de medidas de caráter político.

Assim, estaria certo de que um direito humano fundamental da criança, a participação; conexo a um princípio paradigma, o melhor interesse, seriam interpretados de maneira conjunta e garantiriam os direitos da criança nas múltiplas ordens, mesmo diante das barreiras por parte dos Estados-parte.

Por fim, a introdução do quarto capítulo dessa pesquisa teve por objetivo dirimir quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de participação no direito de família, passando a abordar formas diretas e indiretas de participação da criança, que se adequariam aos mecanismos de participação previstos nos temas da subtração, adoção e guarda internacional de crianças.

Como observado, nos três temas analisados há uma clara possibilidade de participação da criança, em seu caráter substancial e procedimental. Essa participação está atrelada não somente à previsão ou não em Convenções sobre o tema, já que pode ser contornada por meio de exercícios hermenêuticos extensivamente demonstrados nessa pesquisa. Acima de tudo, essa possibilidade está atrelada a uma interpretação conjunta da participação e princípio do melhor interesse da criança, com a consequente efetivação desse princípio.

Assim, é essa interpretação que garante a efetivação do melhor interesse com o delineamento de mecanismos de participação direta e indireta da criança, ancorados tanto na Convenção sobre os Direitos da Criança e nas Convenções da Haia; quanto no caráter paradigmático do princípio do melhor interesse, permitindo transpor as barreiras enfrentadas desde o conceito da participação até sua implementação pelos Estados.

Não se vislumbra, como uma conclusão final para essa pesquisa, qualquer cenário de participação da criança no direito internacional privado da família que não considere o princípio do melhor interesse. A efetivação e efetividade por meio dos mecanismos de participação da criança no direito internacional privado da família não se vincula ao caráter procedimental da participação, e sim ao seu caráter substancial, que age para implementar

as interpretações relacionadas ao conceito do melhor interesse nos regimes dos Estados-parte.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2010, p. 3-4.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

ALONSO, Angela. *As teorias dos movimentos sociais*: um balanço do debate. São Paulo: *Lua Nova*, n. 76, 2009, p. 49-86.

ANSELL, Nicola. *Children, Youth and Development*. New York: Routledge, 2005, p. 227.

ARAÚJO, Leila Cavallieri de. A Adoção Internacional. *Boletim Terre des Homes*, n.19, de julho de 1990.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado:* teoria e prática brasileira. 5. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 80.

ARCHARD, David. John Locke`s Children. In. TURNER, S. *The Philosopher's Child:* Critical Essays in the Western Tradition, Rochester: University of Rochester Press, 1987.

_____. *Children`s Rights and childhood*. London: Routledge, 1993.

ARIÈS, Philippe. Centuries of childhoold. New York: Random House, 1962. In: MILNE, Brian. *The History and Theory of Children`s Citizenship in Contemporary Societies*. New York: Springer, 2013, p. 61.

ARNSTEIN, Sherry R. 'Ladder of citizen participation'. In: *Journal of The American Institute of Planners Association,* 35:4, 1979, p.217.

BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 35, oct. 1997. In: SCHEEFFER, Fernando. Teoria da escolha racional: a evidenciação do *homo economicus*? *Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC.* Florianópolis. v. 10, n. 1, jan./jun., 2013, ISSN 1806-5023, p. 34-35.

BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de Direito Internacional Privado.* 3. ed. (reimp.). Coimbra: Almedina, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Melhor interesse da criança e do adolescente (princípio do). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 835-840.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do parentesco sociofetivo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD,* Rio de Janeiro, v. 2, n. 24, 2013, p. 111-125.

BEAUMONT, Paul. *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford: Oxford Private International Law Series, 1999, p. 257.

BELIZE. *Families and children act*. Chapter 173. The subsidiary laws of Belize as at 31st Octuber, 2003. Disponível em: < https://www.oas.org/dil/Families_and_Children_ Subsidiary_Act_Belize.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2017.

BENNET, Margareth H. *Judicial and administrative co-operation in family law matters:* co-operation in child abduction and similar cases. Address at the Hagues's anniversary international law conference presented by T.M.C. Asser Instituut, 4th July, 1998.

BILDER, Richard B. An overview of international human rights law. In: HANNUM, Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice***.** 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

BIOCCA, Stella M. *Derecho internacional privado:* un nuevo enfoque. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 2004.

BIRCHALL, Johnston; SIMMONS, Richard. What motivate members to participate in the governance of consumer co-operatives? A study of Co-operative group**.** *Research Report No. 2*. Escócia: Stirling University, January, 2004.

BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Ementa. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 de abril de 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. *Decreto Nº 3.987, de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ decreto/d3087.htm> Acesso em: 10 abr. de 2017.

_____. *Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Decreto n. 99.719 de 21 de novembro de 1990.* Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. *Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. *Emenda Constitucional Nº 65, de 13 de julho de 2010*. Altera a denominação do Capítulo VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ emendas/emc/emc65.htm> Acesso em: 1 ago. 2017.

_____. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Ementa. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 17 de abril de 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm.> Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. *Decreto. n. 3.413 de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, Cap.VII, p.25. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 13 out. 2017.

_____. *Lei 13.015 de 16 de março de 2015.* Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 24 dez 2017.

_____. *Decreto n. 3.087 de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. *Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, DF, Cap. VII, p. 25. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

BORRÁS, Alegria. La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado. Similitudes y contrastes'. The internaional protection of the child and adult as expressed in private and international law: Similarities and differences. In: *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. Gonzáles Campos*, Madrid: Univ. Autonoma de Madrid, 2005, II.

BUCHER, Andreas. *L`enfant en droit international privé*. Paris: L.G.D.J, 2003.

_____. *La Famille en droit international privé*. *Recueil des Cours*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, v. 283, 2000.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMARGO, Solano de. O Direito da Criança de ser ouvida – Aspectos Internacionais. In: MONACO, Gustavo Ferraz de. FULCHIRON, Huges. (Org.). *Famílias Internacionais*: seus direitos, seus deveres. São Paulo: Intelecto, 2016. p. 258.

CAMARGO, Solano de. *Forum Shopping*: a escolha da jurisdição mais favorável. 1. ed. São Paulo: Intelecto Editora, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANTWELL, Nigel. The Best Interests of the Child in Intercountry Adoption, *Innocenti Insight*, Florence: UNICEF Office of Research, 2014.

CAIRNS, Liam. Participation with purpose. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006, p. 217.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARREIRA, Denise. (Coord.). *A Participação de crianças e adolescentes e os Planos de Educação*. São Paulo: Ação Educativa, 2013, 1ª edição.

CASHMORE, Judy; PARKINSON, Patrick. Children's participation in family law disputes: The views of children, parents, lawyers and counsellors. *Family Matters*, 2009, n° 82, 15-21.

CASTRO, Mônica Mata Machado. Sujeito e estrutura no comportamento eleitoral. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 20, São Paulo: Anpocs, 1992. In: SCHEEFFER, Fernando. Teoria da escolha racional: a evidenciação do *homo economicus*? *Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC.* Florianópolis. v. 10, n. 1, jan./jun., 2013, ISSN 1806-5023, p. 35-36.

CLEAVER, Frances. Institutions, Agency and the Limitations of Participatory Approaches to Development'. In: COOKE, Bill; KOTHARI, Uma. *Participation:* The New Tyranny? London: Zed Books, 2001.

COULAGENS, Fustel de. *A cidade antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 8. ed., s/d., p. 37.

COWDEN, Mhairi. *Children`s rights:* from philosophy tu public policy. London: Palgrave Macmillan, 2016.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2013, parag. 99, 2013. General Comment Nº 14, *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=em>. Acesso em: 22 out

2017.

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1996 - *Chapter 2*: Bill of Rights. Disponível em: <http://www.gov.za/documents/constituition/chapter-2-bill-rights#28> Acesso em: 20 jun. 2017.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção Transnacional:* um estudo sociojurídico comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 185.

CRIN. *Myanmar:* National laws. Disponível em:< https://www.crin.org/en/ library/publications/myanmar-national-laws> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Sout Africa:* National laws. Disponpivel em:< https://www.crin.org/en/ library/publications/south-africa-national-laws> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Costa Rica:* national laws. Disponível em:< https://www.crin.org/ en/library/publications/costa-rica-national-laws> Acesso em: 20 jun. de 2017.

_____. *Ireland:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/ publications/ireland-national-laws> Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Netherlands*: National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/ library/publications/ netherlands-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *France*: National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/ publications/france-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Greece:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/ publications/greece-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Australia:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/ publications/australia-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *New Zealand:* National laws. Disponível em: <https://www.crin.org/en/library/ publications/new-zealand-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Pakistan:* National laws. Disponível em: < https://www.crin.org/en/library/ publications/pakistan-national-laws> Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. *Afghanistan:* National laws. Disponível em: < https://www.crin.org/en/libary/ publications/ afghanistan-national-laws>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CUNHA, Elizabeth. The potential importance of incorporating online dispute resolution into a universal mediation model for international child abduction cases. *Connecticut Journal of International Law,* Vol. 24:155, 2008-2009.

DE WINTER, Micha. *Children as fellow citizens:* participation and commitment. Bath: Radcliffe Medical Press Ltd., 1997, p. 4.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 429.

DIDIER JR, Fredie. Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. In: *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/80945/tres_modelos_direito_didier_jr.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela.* Vol. 2. 8. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 512.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas perspectivas do Direito Internacion Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DITTRICH, Lalisa Froeder. Promoting voluntary agreements in international child abduction disputes: the case of Brazil. *International Journal of Law, Policy and the Family.* Oxford: Oxford Press University, 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: A criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: EDUSP, 1999.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Revista Brasileira Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001, p.7 In: SCHEEFFER, Fernando. Teoria da escolha racional: a evidenciação do *homo economicus*? *Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC.* Florianópolis. v. 10, n. 1, jan./jun., 2013, ISSN 1806-5023, p. 34.

FINEMAN, Martha Albertson. WORTHINGTON, Karen. *What is Right for Children*? The Competing Paradigms of Religion and Human Rights. United Kingdom: Ashgate, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 6: direito de família. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIDDENS, Antony. *As consequências da modernidade.* São Paulo: Unesp, 1991.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2.ed. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GREEN, 199. In: HINTON, Rachel. Children`s Participaton and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature. *International Journal of Children`s Rights*, n. 16, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 287.

HAFEN, B. *Children`s liberation and the New Egalitarianism*: Some Reservations about Abandoning Youth to their Rights. Bringham Young University Law Review, 1976, p. 605-658.

HANNUM, Hurst (Editor). *Guide to international human rights practice***.** 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

HAIA, 1996. *A Convenção de Haia Concernente à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção da Criança de 1996*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

HART, Jason. Children's Participation and International Development: Attending to the Political. *International Journal of Children's Rights,* 16, Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 407-418.

HART, Roger. *Children's Participation*: From Tokenism to Citizenship. Itália: Unicef International Child Development Centre, 1992, p. 6.

_____. *Children Changing their world:* understandind and evaluating children`s participation in development. London: Plan, 2004.

HAGUE. *Practical Handbook on the operation* of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Hague: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014, p. 105.

HCCH. Hague Convention Child Protection. September 2008 (p. 1). *The Hague Convention of 1996 on the International Protection of Children*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/be4083a2-ed90-4dc2-bb97-13be22e6a5d8.pdf> Acesso em: 27 de dez. 2017.

_____. *Guia de Boas Práticas nos Termos da Convenção da Haia* de 25 de outubro de 1980 sobre os aspectos civis de rapto internacional de crianças – Mediação. Publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Secretariado Permanente. 2012. Disponível em: <ww.hcch.net/upload/mediation_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

HEARST, Alice. Children, International human rights, and the politics of belonging. Chapter 17/ In: FINEMAN, Martha Albertson. WORTHINGTON, Karen. *What is right for children? The competing paradigms of religion and human rights.* United Kingdom: Ashgate, 2009, p. 329.

HINTON, Rachel. Children`s Participaton and Good Governance: Limitations of the Theoretical Literature in. *International Journal of Children`s Rights,* n. 16. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 285-300.

IBDFAM. *Reconhecimento de filiação socioafetiva sem necessidade de adoção.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6312/Reconhecimento+de+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+sem+necessidade+de+ado%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 27 de dez. 2017.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. *Recueil des Cours.* The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

_____. O direito internacional privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo direito internacional:* estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20.

KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies.* New York: Harper Collins, 1984.

KIRBY Perpetua; LANYON, Claire; CRONIN, Kathleen; SINCLAIR, Ruth. *Building a Culture of Participation.* Involving children and young people in policy, service planning, delivery and evaluation. London: Department for Education and Skills, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LAGARDE, Paul. *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*. Haia, 1998. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943>. Acesso em: 10 ago. 2017.

LANSDOWN, Gerison. International developments in children`s participation: lesson and challenges. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006.

LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. Florence: UNICEF/Save the Children: Florence, 2005.

_____. *Promoting children's participation in democratic decision-making*. Florence: UNICEF Innocenti Insight, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIBERATI, Wilson. *Manual da Adoção Internacional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 17-18.

LISBOA. *Tratado de Lisboa* – Versão Consolidada. Lisboa: Assembleia da República, 2008, p. 18. Disponível em: < https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

LLOYD, Demause. *The History of Childhood.* New York: Psychohistory Press, 1974. Lua Nova, n. 76, 2009.

LOWE, Nigel; MURCH, Mervyn. Translating Principles into Practive. In. DEWAR, John; PARKER, Stephen. (editors) *Family Law:* processes, practives, pressures. London: Hart Publishing, 2003. p. 17-18.

LOWE, Nigel; HOROSOVA, K. (2007). In DITTRICH, Lalisa Froeder. Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil.

International Journal of Law, Policy and the family. Oxford: Oxford Press University, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. A Subsidiariedade da Adoção Internacional: Diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o Novo Código Civil Brasileiro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira; HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *Adoção, Aspectos Jurídicos e Metajurídicos.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARSH, David; STORKER, Gerry. *Theory and methods in Political Science.* 2. ed. Basingstoke et al.: Palgrave Macmillan, 2002.

MATTHEWS, Huges. Children and Regeneration: Setting an Agenda for Community Participation and Integration. In: *Children and Society*, v. 17, n. 4, set. 2003, p. 264-276.

MAYO, M. Children`s and young people`s participation in development in the south and urban regeneration in the North. In: *Progress in Development Studies.* v. 1, n. 4, Sep., 2001, p. 279-2003.

MCNEISH, D.; NEWMAN, T. Involving children and young people in decision-making, Buckingham: Open University Press, 2002. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006, p. 77.

MEDIATION in international parental child abduction. The reunite mediation pilot Scheme. *Reunite International Child Abdcution Centre*. United Kingdon. 2006. Disponível em: < http://www.reunite.org/edit/files/Library%20%20reunite%>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente*: movimentos sociais nas sociedades complexas. Petrópolis: Vozes, 2001.

MERTUS, Jennifer. *Barriers, Hurdles, and Discrimination***:** The Current Status of LGBT Intercountry Adoption and Why Changes Must Be Made to Effectuate the Best Interests of the Child. Columbus: Capital University Law Review, 2011, v. 39. Disponível em: <http://bit.ly/Jy5jhv>. Acesso em: 04 jun. 2015.

MILNE, Brian. *The History and Theory of Children`s Citizenship in Contemporary Societies*. New York: Springer, 2013, p. 60.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança.* Disponível em: < http://www.achpr.org/pt/instruments/child/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Proteção da Criança no Cenário Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

_____. *Guarda Internacional de Crianças.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 146-147.

_____. *Direitos da Criança e Adoção Internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

_____. *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza Ferraz de. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar. In: *Infância e Juventude*. Lisboa, n. 1, p. 9-25, 2006.

MORGENTHAU, Hans Joachim. *A política entre as nações:* a luta pelo poder e pela paz. Brasília: Ed. UnB, 2003.

MOSSE, D. (2001) People's Knowledge, Participation and Patronage: Operations and Representations in Rural Development. In: COOKE, Bill; KOTHARI, Uma. *Participation:* The New Tyranny? London: Zed Books, 2001. p. 16-35.

MOURA RAMOS, Rui. *Direito Internacional privado e Constituição: introdução a uma análise das suas relações.* Coimbra: Coimbra, 1994.

NEWELL, Sallie; GRAHAM, Anne; FITZGERALD, Robyn. *Results of an International Survey regarding Children's Participation in Decision-Making Following Parental Separation.* Prepared for Childwatch International Research Network's Children & the Law Thematic Study Group; November 2009. Disponível em: < https://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1350&context=educ_pubs> Acesso em: 14 dez. 2017.

NYGH, Peter. The Hague Convention on the protection of the children. *Netherlands international law review.* The Hague, v. 45, n. 1, 1998, p. 12-13. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda Internacional de Crianças.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 139.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva*: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: EDUSP, 1999.

PAES, Marta Santos. A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância). *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 55-56, 1993, p. 212.

PAGANINI, Juliana. *A Democracia Participativa e o princípio da Participação popular como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.* Trabalhado apresentado na VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014. Disponível em < http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11715/1625>. Acesso em 10 de fev. de 2016.

_____. Child Participation. *Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, n. 81-82, 2000, p. 94.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *Explanatory report on the convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption.* Disponível em: <www.hcch.

net/upload/expl33e.pd>. Acesso em: 18 jul. 2017, p. 20-21.

PARKES, Aisling. *Children and international human rights law:* the right of the child to be heard. New York: Routledge, 2015, p. 8.

PERES LUÑO, Antônio. Derechos humanos, estado de derecho y constitucion. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. In: CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREZ-VERA, Elisa. *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction*. Offprint from the Acts and Documents of the Fourteenth Session *(1980)*, tome III, Child abduction, 1982. Disponível em: < https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid= 2779> Acesso em: 4 de nov. de 2017.

PETERS, Jean Koh. How Children are heard in child protective proceeding, in the United States and around the world in 2005: Survey Findings, Initial Observations, and areas for further study. In: *Nevada Law Journal,* Spring, 2006, vol. 6:966, p. 969.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410.

_____. Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *Revista Internacional Direito e Cidadania.* nº 1, 2008. Disponível em: <http://www. reid.org.br/arquivos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf >. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLLOCK, Linda. *Forgotten Children. Parent-child relations from 1500 to 1900.* Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

PROUT, Alan; JAMES, Allison. A new paradigm for the sociology of childhood Provenance, promises and problems. In: *Constructing and Reconstructing childhood*, London: Falmer, 1990.

PROUT, Alan; SIMMONS, Richard; BIRCHALL, Johnston. Reconnecting and extending the research agenda on children`s participation: mutual incentives and the participation chain. In: TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder Familiar e a guarda Compartilhada*: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42-45.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução. In. *O Direito Internacional da Família Tomo I.* Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, junho de 2014. p. 137-159.

ROCHE, Jeremy. The Children Act 1989 and children`s rights: a critical reassesment. In: FRANKLIN, Bob. (Ed.) *The New Handbook of Children's Rights Comparative Policy and Practice*. London: Routledge, 2002.

RODAS, João Grandino. *Direito Internacional privado brasileiro.* São Paulo: RT, 1993.

SECRETARIADO NACIONAL DO APOSTOLADO DA ORAÇÃO. *Código de Direito Canônico.* Disponível em: < http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_lt.html>. Acesso em: 30 abr. 2016.

OTTOMAYOR, Maria Clara Pereira de Sousa. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. rev. aum. e actual. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 16.

_____. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. In: *Direito e Justiça.* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, 2002, p. 191-214.

_____. Divórcio, poder parental e realidade social: algumas questões. In: *Direito e Justiça.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, v. 11, n. 2, pp. 161-172, 1997. apud. MONACO, 2012, op. cit., p. 89.

SOUZA, Gustavo Henrique Campos. A Adoção Internacional no direito comunitário europeu: uma análise crítica do caso Romênia. In: MOURA RAMOS, Rui Manuel; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos de (Org.) *Aspectos da unificação europeia do direito internacional privado*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 351.

STALFORD, H. Children and the European Union: Rights, welfare and Accountability. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 222.

STHOEGER, Eran. Internacional Child Abduction and Children`s Rights: two means to the same end. In: *Michican Journal of International Law.* v. 32, issue 3, 2011. p. 525.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva constitucional. *Temas de Direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 392.

THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND, 1997. *The Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland.* The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise. Disponível em: <http:/www.senat.gov.pl/en/about-the-senate/konstytucja/> Acesso em: 25 jun. 2017.

THOMAS, Nigel. Towards a Theory of Children`s Participation. In: *International Journal of Children`s Rights,* n. 15. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 199-218.

_____. Children. *Family and the State*: decision-making and child participation, Bristol: The Policy Press, 2002.

TIBURCIO, Carmen, CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças:* comentários à Convenção de Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014.

TISDALL, E. Kay; M. DAVIS, John; PROUT, Alan; HILL, Malcolm. *Children, Young People and Social Inclusion, Participation for What?* Bristol: Policy Press, 2006.

TRESEDER, Phil. *Empowering children and young people training manual:* promoting involvement in decision-making**.** London: Save the Children, 1997.

UNICEF. *Summary Report of the Study on the impact of the implementation of the Convention on the Rights of the Child*. Florence, Italy: UNICEF, 2004. Disponível em: < https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/CRC_Impact_summaryreport.pdf>. Acesso em 1 jul. 2017.

_____. *Myanmar – Child protection*. Strengtheing Legislationa. Disponível em: <https://www.unicef.org/myanmar/protection_24172.html>. Acesso em: 25 jun 2017.

UNITED NATIONS. *Resolution Adopted by the General Assembly. 1386 (XIV). Declaration of the Rights of the Child.* Disponível em: <http://www.undocuments.net/a14r1386.htm>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_____. Treaty Collection. 11. *Convention on the Rights of the Child.* Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.> Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. *Committee on the rights of the child.* Fifty-first session. General Comment Nº 12. The right of the Child to be Heard. Geneva: 2009.

_____. *General Comment No. 5* – General measures of implementation of the Convention of the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para.6), 2003. Disponível em: < http://repository.un.org/handle/11176/247127>. Acesso em: 18 jun. 2017.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta, 2002, p. 85.

YALE LAW SCHOOL. *Representing Children Worldwide How Children`s voices are heard in child protective proceedings*, 2005. Disponível em: <http://rcww.law.yale.edu/index.htm>. Acesso em 15 out 2016. In. PETERS, Jean Koh. How children are heard in child protective proceedings, in the United States and aorund the world in 2005: survey findings, initial observations and areas for further study. *Nevada Law Journal*, Vol. 6, Spring 2006.

WARD, Hugh. Rational choice. London, New York: Palgrave Mcmillan, 2002. In: MARSH, David; STORKER, Gerry. *Theory and methods in Political Science*. 2. ed. Basingstoke et al.: Palgrave Macmillan, 2002. p. 65-89.