

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I**

**ILTON GARCIA DA COSTA**

**JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



# XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

---

### **Apresentação**

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

### THE PRINCIPLE OF THE PREVALENCE OF THE INTERESTS OF THE CHILD FROM THE SPANISH LEGAL ORDER

Carlos Augusto Lima Campos <sup>1</sup>

#### Resumo

A Prevalência dos Interesses ou Princípio do Maior Interesse da Criança representa um alicerce básico dos direitos humanos. No cenário espanhol, foi construído a partir das experiências internas e internacionais, até se consolidar enquanto estrutura axiológica. A presente abordagem, a partir de uma análise teórica e com base em julgamentos reais, se propõe a analisar o mencionado princípio, em sua estrutura conceitual e teleológica, a partir dos critérios adotados para a sua aferição, culminando na abordagem de sua correta aplicação, possibilitando contemplar uma margem de discricção, o que conduz, inexoravelmente, a soluções menos discutíveis.

**Palavras-chave:** Melhores interesses da criança, Direitos da criança, Direito de ser ouvido, Convenção sobre os direitos da criança, Princípio interpretativo

#### Abstract/Resumen/Résumé

The Prevalence of Interests or Principle of the Greatest Interest of the Child represents a basic foundation of human rights. In the Spanish scenario, it was built from internal and international experiences, until it consolidated as an axiological structure. The present approach, based on a theoretical analysis and based on real judgments, proposes to analyze the aforementioned principle, in its conceptual and teleological structure, based on the criteria adopted for its assessment, culminating in the approach of its correct application, making it possible to contemplate a margin of discretion, which leads inexorably to less debatable solutions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** The best interest of the child, Children rights, Earing right, Children rights convention, Interpretation principle

---

<sup>1</sup> Mestre - UEPA

## 1. Introdução

Os interesses da criança já despontavam no direito de família desde as *sentencia Blissets*, no final do século XVIII (1774), ressaltando que “if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child” (LAING, R. Klaff. 1988, p. 335-372), de modo que, juridicamente, não há que se falar em um ramo “novo”, na acepção máxima do termo. No entanto, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (doravante chamada apenas de “Convenção”) representa um grande avanço, não apenas na conceituação como também no escopo da causa, já que proclamou a dupla natureza dos Direitos da Criança: um *direito subjetivo* e, ainda, como *princípio geral* no ordenamento jurídico europeu e, notadamente, no espanhol.

A partir de uma perspectiva internacional, a evolução principiológica, tal como no direito interno, influenciado por tratados internacionais em matéria de direito de família, nasceu e se desenvolveu até a entrada em vigor do Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Além disso, há que se considerar que a existência de alguns textos de natureza “recomendatória” corroborou para a ressignificação identitária dos direitos da criança, abordando-o de maneira mais ampla. Entre os primeiros tratados internacionais sobre direito de família se encontram os textos convencionais, materialmente setorizados, e que se dispunham a encontrar respostas transnacionais claras a partir de questionamentos internos, a exemplo da adoção internacional, ou mesmo a consciência da necessidade de regulamentar questões sobre as quais o Estado permanecia silente, como no atinente à idade mínima para contrair matrimônio ou mesmo as emblemáticas referentes à violência contra a mulher.

Em relação à idade mínima para casamento, a *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, da Espanha, estabelece (em seu artigo 2º) o dever estatal de fixar uma idade mínima para o casamento, salvo consentimento da autoridade competente, novamente “en interés de los contrayentes”, que não é sinônimo de *interesse dos menores*, já que, neste caso específico, não se trata de regulamentar os matrimônios entre os menores, e sim permitir que um menor de idade o contraia.

No cenário europeu, visando atenuar disparidades eventualmente promovidas pelas autoridades estatais, a Assembleia Geral das Nações Unidas ratificou a *Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios*, estabelecendo como parâmetro a idade mínima de 15 (quinze) anos para a realização do casamento. Entretanto, não se pode absolutizar as perspectivas atinentes à adoção de uma idade mínima para casar, basicamente por dois motivos: primeiramente,

porque não se poderia evitar, na supracitada Recomendação, a reiteração da condição contida na Convenção, permissiva quanto à celebração abaixo da apontada faixa etária. Em segundo lugar, prevaleceu a hermenêutica segundo a qual a fixação dos quinze anos como idade mínima é incorporada a um instrumento de natureza de *recomendação* e não *juridicamente vinculante* para os Estados.

No que diz respeito aos textos de natureza de recomendação, em relação ao maior interesse da criança, propriamente dito, a Declaração de Genebra, adotada em 26 de setembro de 1924 pelas Nações Unidas, cujo preâmbulo declara que “l’humanité doit donner à l’enfant ce qu’elle a de meilleur”, trinta e cinco anos depois (em 1959) a Assembléia General das Nações Unidas o proclamou como Sétimo Princípio da Declaração sobre os Direitos da Criança, destacando que tal princípio deveria ser norteador daqueles que são responsáveis pela educação e orientação das crianças, cuja responsabilidade recairia, em primeiro lugar, nos próprios pais<sup>1</sup>. Com a Declaração, aprovada três décadas antes da Convenção, a expansão do escopo material que generalizaria a Convenção, sedimentou o entendimento de que o principal dever de garantia compete aos pais (responsáveis legais), sem, contudo, excluir outros agentes.

A Convenção de 1989 é o ponto alto no desenvolvimento axiológico maior interesse da criança, incorporando-o como um direito subjetivo dos menores e como um princípio geral inspirador e fundamental de direitos da criança. No entanto, apesar da relevância do texto convencional, a entrada em vigor deste tratado internacional, passou a ser o objetivo a ser perseguido na estrada da proteção dos direitos dos infantes.

Importante destacar que o processo de vicissitudes pelas quais a “proteção integral das crianças” percorreu envolveu a adoção de atos jurídicos como a *Declaração* e o *Programa de Ação de Viena*, de 1993, que, além de reiterar a importância principiológica do maior interesse da criança, indicou os grupos de crianças em situação de maior vulnerabilidade, fazendo com que os Estados concentrassem a sua atuação legislativa de uma forma mais incisiva. Ao seu turno, os avanços que tanto a interpretação jurisprudencial internacional quanto a interna produziram no *Direito da Criança*, colaborou de maneira inestimável para o compromisso com as observações gerais da Comissão, especificando o alcance dos direitos proclamados.

---

<sup>1</sup> Trata-se da Resolução nº 1386 (XIV) da Assembléia Geral, de 20 de novembro de 1959. Nesse mesmo sentido, o artigo 5º, da *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños*, com particular referência à adoção de e colocação em assistência social, em nível nacional e internacional (adotado em 03 de dezembro de 1986, como anexo à Resolução 41/85 da Assembléia Geral), proclama, novamente, em relação ao direito da família, que: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.

Apesar do otimismo resultante do até então forjado (quer na arena do Legislativo, quer na do Executivo), não se pode desprezar o fato de que a lei, por si, constitui um instrumento insuficiente para mudar a realidade. Quando se tem acesso aos relatórios oriundos da investigação pericial promovida pelas Nações Unidas, atinentes ao estudo das violências contra as crianças, é possível averiguar que tal flagelo adota distintas formas (físicas, sexuais ou psicológicas). As informações das Nações Unidas sobre o crescimento das crianças nas prisões bolivianas, por exemplo, em que seus pais estão cumprindo sentença, demonstra claramente que se está muito longe de erradicar o comportamento proibido por um tratado internacional, do qual fazem parte 195 Estados, que voluntariamente se comprometeram ao cumprimento de seu conteúdo. Também não ajuda a identificar a realidade do compromisso dos Estados se forem lidos os relatórios da Organização Mundial de Saúde, que apontam que:

Entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres en todo el mundo viven con las consecuencias de la mutilación genital femenina; en cada año, aproximadamente 3,3 millones de niñas corren el riesgo de ser víctimas de mutilación genital femenina; y en los 28 países acerca de los cuales existen datos nacionales sobre la prevalencia (27 países de África y Yemen), más de 101 millones de niñas de 10 o más años de edad están viviendo con los efectos de la mutilación genital femenina<sup>2</sup>.

A própria normalidade com que o abuso infantil é observado, enquanto medida corretiva comportamental, produziu o montante não insignificante de 31.000 (trinta e uma mil) mortes de pessoas menores de quinze anos de idade no ano de 2002. A realidade aqui vislumbrada ilustra abertamente que ainda há desafios a serem enfrentados, e que são evidenciados, por exemplo, em algumas decisões recentes do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, em face da República Tcheca, da Bélgica, da Irlanda e, ainda, da França, no ano de 2015. A legislações de tais países não tinham um delineamento suficientemente claro acerca da punição física contra as crianças, o que denota o nível de negligência com que os direitos das crianças são apreciados, ensejando – assim – campanhas como a famigerada “las manos deberían proteger, no pegar”, lançada pelo mesmo Comitê. Os dados indicados sublinham, pois, a hipocrisia dos Estados que, por um lado, se comprometem com padrões mínimos de proteção aos direitos humanos, ao passo que omitem a adoção de medidas internas efetivas capazes de sedimentar os objetivos encampados.

De qualquer sorte, é imperioso compreender que ainda há muitas tarefas a serem feitas para que seja possível alcançar um nível de proteção minimamente razoável dos direitos das crianças, cujas raízes convergem para o que se convencional denominar (*princípio do*) *melhor interesse da criança*.

---

<sup>2</sup> Basta conferir os folhetos informativos da Organização Mundial da Saúde sobre a mutilação genital feminina.



Vale inferir que o que fora produzido até o presente momento deve ser positivamente valorizado, mormente por ter desaguado em relevantes conquistas como a Convenção e seus protocolos opcionais, adotados no ano de 2000. Tais documentos versam sobre a participação de crianças em conflitos armados, bem como acerca da venda de crianças, da prostituição infantil e do uso de crianças na pornografia. Não por acaso a Resolução nº 54/263, de la Assembleia Geral de 25 de mayo de 2000, instituiu que esses textos foram concebidos com a ideia de preservar o melhor interesse da criança e estabelecer em seu preâmbulo que foram adotados com a convicção de que os melhores interesses da criança devem ser tratados com a absoluta prioridade, fato, aliás, constante no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil.

As páginas que se seguem concentram-se na análise deste princípio, no seu conceito, luzes e penumbras, bem como nos critérios adotados, levando em consideração sua correta aplicação, bem como as conseqüências imediatas de sua utilização.

## **2. A Interpretação segundo o melhor interesse da criança**

Conhecer o direito e o princípio do melhor interesse da criança demanda a necessidade de se promover a sua caracterização, a fim de promover a identificação de múltiplos perfis. Por esta razão, promover-se-á a sua caracterização, passando depois a abordar a identificação daqueles que a conhecerão em profundidade, correspondendo a sua aplicação, para focar mais tarde nos critérios determinantes que devem ser observados para fins de visualizar as medidas que melhor se encaixam neste direito e princípio interpretativo fundamental; tudo com o objetivo de concluir apontando os possíveis riscos que derivam de sua aplicação.

### **2.1 Caracterização do melhor interesse da criança**

O melhor interesse da criança é um direito subjetivo das crianças e um princípio inspirador e fundamental dos direitos daqueles que possuem, que tem uma finalidade protetora de “menores devido a sua especial vulnerabilidade em virtude da impossibilidade de dirigir sua vida com total autonomia”. Tal princípio é incorporado pontualmente ao longo da Convenção e de maneira geral em seu terceiro artigo, cujo parágrafo primeiro estabelece o seguinte:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Nestas linhas breves, há uma importante nota da funcionalidade múltipla com a qual o princípio é caracterizado: inspirar políticas e legislação (nacional ou internacional) suscetíveis a afetar as crianças de alguma forma, bem como para quem precisa aplicá-las. Isso é evidente no que diz respeito à relação entre o sistema internacional e os regulamentos internos, especialmente em razão de os Estados estarem legalmente vinculados por tratados dos quais são signatários e cujo cumprimento deve evidenciar o direito interno, independentemente da matéria em apreço: direito civil (tutela, filiação, visita ou outro regime), direito penal ou trabalho, dentre outros. A natureza inspiradora do melhor interesse da criança é cristalina, sendo o elemento sobre o qual os direitos, se não fosse pelo fato de os menores terem um interesse social pungente, careceriam de uma regulamentação específica de proteção de suas especificidades, a partir de uma perspectiva racional que valide a existência da própria Convenção que a proclama. Um exemplo dessa natureza são os protocolos da Convenção.

Trata-se de um princípio jurídico interpretativo fundamental, uma vez que todas as normas, para serem aplicadas em uma situação que afeta real ou potencialmente um menor, têm que ser interpretadas à luz do melhor interesse deste, o que nos leva à inexorável perspectiva de subsunção à norma concreta, devendo o órgão (ou a autoridade) encarregado(a) de aplicar um determinado padrão, considerar, de todas as interpretações possíveis, o que pode fornecer uma regra aplicável a um caso que afeta direta ou indiretamente a criança, tendo que considerar o que mais satisfaz o interesse deste último. Carmona Luque (2011, p. 104) caracteriza-o como

un principio esencial; interdependiente respecto al conjunto de derechos proclamados en la Convención y de manera subrayada, respecto a los demás principios generales de ésta; exclusivo del niño; armonizador; no absoluto; indeterminado; y dinámico.

O princípio do melhor interesse da criança é uma terminologia jurídica e axiológica bastante complexa, de definição indeterminada, ainda que única e útil, já que aplicável a todos os casos em concretos, devido à heterogeneidade de seus detentores, já que o sujeito beneficiário pode ser predicado de um detentor individual (uma criança) ou coletivo mais ou menos amplo (um grupo de crianças ou todas elas). Mas tal característica não permeia negativo o mencionado conceito, já que são muito os grupos abrangidos por tal “instituto”, a exemplo de uma criança órfã, uma com deficiência, uma refugiada, uma criança soldado ou vítima de um conflito armado, uma indígena, uma vítima de abuso sexual ou mesmo crianças em idade escolar, filhas de pais divorciados (pacificamente ou não).

A situação inferida é ainda mais complicada se forem levadas em consideração que as diferenças de idade e maturidade das crianças requerem respostas variadas e também porque é possível que se encontre com aqueles que sobrevivem em mais de uma das situações anteriormente narradas, ou com fatores que afetam o desenvolvimento do filhos em circunstâncias que pareçam objetivamente semelhantes, sem desconsiderar, ainda, o nível de desenvolvimento emocional, a autonomia cognitiva, e, ainda, o seu ambiente social. Portanto, não há uma fórmula única para resolver a maneira que mais pode beneficiar os interesses das crianças, sendo necessário que se tenha ao alcance um arcabouço de mecanismos de interpretações precisas. Como afirma diz POCAR (1984, p. 341-417), “las soluciones no pueden ser neutras, bien al contrario, han de adaptarse al contexto y proporcionar protección al más débil”.

Do exposto, resta claro que o cotidiano faz com que o conceito do salientado princípio, em si, não seja tão relevante quanto os propósitos perseguidos e os critérios que deveriam orientar os responsáveis pela sua aplicação. Uma consequência dessa indeterminação é o dinamismo característico do princípio, que permite sua adaptabilidade às diferentes situações evidenciadas.

Se fosse atribuído um conteúdo específico aos melhores interesses da criança, estar-se-ia esvaziando-o de significado e, conseqüentemente, impedindo a projeção de sua aplicação. No entanto, desse dinamismo necessário deriva seu principal problema: a margem de discricção do responsável pela sua aplicação. É um problema, na medida em que quem tem que aplicá-lo pode não resistir à tentação de decidir com base em suas convicções, contribuindo para a solução que, a partir dessa perspectiva e não da criança em questão, seria mais conveniente.

Observe-se o caso *Atala*<sup>3</sup>, cuja origem aponta para a separação de um casal com duas filhas. A esposa começou a compartilhar sua vida com outra mulher, então o marido promoveu uma reclamação solicitando a custódia das menores, argumentando que o desenvolvimento físico e emocional das meninas estaria em grave perigo se continuassem sob os cuidados de sua mãe, porque sua nova escolha de vida sexual, adicionando a convivência lésbica com outra mulher, incapacitava a mãe a exercer custódia da menores. A Suprema Corte chilena, alicerçada nos melhores interesses das crianças, aceitou os argumentos do pai, concedendo-lhe a custódia das menores. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a decisão dos juízes chilenos atentatória contra os direitos humanos tanto da mãe como das filhas, enfatizando que:

---

Este é o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de fevereiro de 2012, no caso *Atala Riffo e meninas contra o Chile*.

Al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona<sup>4</sup>.

A decisão da Corte Interamericana esclarece duas questões: a necessidade de motivar em cada caso em que é alegado o interesse superior da criança, a decisão que é baseada neste princípio. Neste ponto, perante os tribunais a apresentação de relatos psicológicos de crianças é frequentemente afetada. Em outros, é mera lógica que pode indicar o melhor das soluções para os menores em questão, dado que as crianças precisam de segurança da manutenção da dinâmica, rotinas e do seu ambiente afetivo, devendo a solução que melhor se adequa a este critério ser preferida, exceto se tal contexto afetar negativamente a criança.

A segunda das questões mencionadas é que não há soluções únicas para casos que podem parecer objetivamente semelhantes. O princípio do interesse superior da criança deve ser considerado como um critério de ponderação aberto e um princípio necessário e inspirador de todas as ações relacionadas à criança, tanto no campo administrativo como judicial.

Pode-se ilustrar com o mesmo caso *Atala*, em que a solução foi fundada no melhor interesse das meninas em questão, mas se fossem avaliadas em uma sociedade fechada e conservadora que estigmatizasse os menores, afetando seu desenvolvimento físico e emocional, será que a solução seria a mesma? A resposta deve ser negativa, porque mesmo que tal entendimento fosse discriminatório, em relação à mãe, em razão de sua orientação sexual, deve-se considerar que nossa o objetivo é fazer prevalecer o interesse das meninas, e em tais circunstâncias não se poderia arriscar um impacto negativo sobre o seu desenvolvimento emocional.

O fato é que apesar dos riscos, a discricão é primordial para dotar da necessária adaptabilidade do princípio às circunstâncias, já que a presença que pode afetar um menor ou um grupo de menores pode ser baseada no interesse superior de uma criança específica e não ser totalmente apropriado para outra.

## **2.2 Quem deve aplicar o melhor interesse da criança**

O corpo aplicador do melhor interesse da criança depende do plano no a decisão é encontrada, isto é, será o representante do Estado em uma negociação internacional para a conclusão do tratado internacional em que a formulação mais favorável aos interesses do

---

<sup>4</sup> Ver parágrafo 110 da Sentença do caso *Atala Riffo e meninas contra o Chile*.

crianças; o legislador se o princípio atua como inspirador da legislação que possam afetar menores, ou o órgão judicial ou administrativo que deve decidir em um caso específico a aplicação de uma regra que possa afetar os menores, caso em que devem interpretar a disposição em questão à luz do princípio do bem superior da criança.

No entanto, os aplicadores habituais deste princípio são os pais de crianças, que terão que tomar todas as decisões que poderiam afetá-los orientada precisamente em resposta aos seus melhores interesses, que, conforme estabelecido no Artigo 18 da Convenção: “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

Obviamente, ao decidir sobre essas questões (educação, desenvolvimento e físico, psicológico, emocional, dentre outros) deve ser orientado pela que consideram o melhor interesse de seu filho. No entanto, devemos observar que as decisões também podem ser diversificadas aqui, dado que a heterogeneidade implica que a mesma solução pode não beneficiar o mesmo caminho para todas as crianças, tendo, como vimos antes, para adaptar interesse nas características e necessidades específicas da criança que pretendemos a todo momento aplique o princípio.

A variedade de potenciais aplicadores do melhor interesse da criança ilustra a multifuncionalidade deste princípio, tanto na horizontal como na vertical, no sentido de que estamos localizados em diferentes cenários devido ao plano em que deve ser considerado. Este será o organismo responsável produção normativa ou desenho de políticas públicas aplicáveis ao grupo em questão que pode ser mais amplo se for um contexto internacional, nível nacional ou regional-local ou é um órgão encarregado de aplicação das regras e políticas em questão.

Devemos também enfatizar a diferença que os destinatários trazem da nossa tarefa, já que não é o mesmo para levantar, com caráter objetivo, medidas que pode afetar um grupo que afirma ser universal de um perspectiva espacial (tratados internacionais) ou perspectiva regional, embora ser geral pelo objeto (dirigido às crianças em geral) ou setorial, se nos concentrarmos em certos grupos - crianças em risco de exclusão, por exemplo, que com um escopo de estado ou autônomo, ou um caso particular em que circunstâncias terá de ser considerado de uma forma específica que o cercam para determinar qual é o aplicativo o que pode ser mais benéfico.

Se considerarmos a determinação de qual é o melhor interesse em um caso específico, qual seria a aplicação individual, seria o órgão que estava resolvendo a questão na qual tem

que ser aplicado diretamente ou como parâmetro de interpretação (ao interpretar a regra em questão para a luz do começo). No entanto, o corpo que tem que pesar esse interesse superior pode discordar à luz do desenvolvimento de eventos sobre o que foi previamente decidido por outro. Pense em um caso fornecido pela jurisprudência espanhola. É uma questão resolvida pelo Tribunal Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, em que ele determinou a separação de duas irmãs, estabelecendo que a guarda e custódia de duas irmãs era para cada um dos pais. Isso porque o pai havia iniciado um procedimento de impugnação de filiação paterna com respeito a uma delas (que cuja guarda e custódia é atribuída à mãe), fruto do qual foi determinado que o recorrente não era o pai biológico do menor. Eu considere o Tribunal Provincial que os melhores interesses do menor materializado em a atribuição à mãe da autoridade parental, guarda e custódia do pai afetada, sem ponderar a estabilidade emocional de ambas as meninas, bem como a instabilidade da mãe, como a custódia foi inicialmente concedida da outra filha para a mãe e teve que ser modificada porque ela não aceitou que a filha estava relacionada com o pai. Em relação ao outro menor que não é a filha biológica do recorrente, o Supremo Tribunal decidiu que a legislação O espanhol não impede a possibilidade de proteger também o seu interesse, as duas irmãs:

Han convivido juntas desde el nacimiento de la primera, tanto bajo la guardia y custodia de la recurrente como de la del recurrido, con el que han mantenido unas buenas relaciones, como dice la sentencia, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el Sr. Julián y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo como tiene éste capacidad para asumir el cuidado de las menores, como se recoge en la sentencia del Juez de Primera instancia, sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego<sup>5</sup>.

Como resultado do exposto, é o organismo responsável pela aplicação das regras para um caso específico, que tem que refletir com qual das interpretações normativas protege ou beneficia em maior medida a o interesse do menor ao qual sua decisão será aplicada. Isso não significa que é o único que pode considerar este interesse porque, de acordo com o Tribunal Supremo, a decisão inicialmente adotada pode ser alterada “por meio de procedimento de modificação das medidas, desde que as novas circunstâncias ser favorável ao interesse do menor<sup>6</sup>”. Semelhantemente, o Supremo Tribunal rejeitou um recurso de cassação reiterando a doutrina estabelecida, segundo a qual a análise da cassação dos casos de custódia e custódia só pode ser feita se o juiz que aplicou incorrectamente o princípio da proteção do interesse do

---

<sup>5</sup> O texto transcrito se encontra no Terceiro Fundamento Jurídico da Sentença da Suprema Corte, nº 679/2013, de 20 de novembro.

<sup>6</sup> O texto indicado é encontrado na Terceira Base Legal do Julgamento da Suprema Corte, nº 578/2001, de 21 de julho.

menor em vista dos fatos comprovados no julgamento que é objeto de recurso<sup>7</sup>. Nesse mesmo sentido, reitera o Supremo Tribunal Federal Espanhol que o recurso de cassação não é uma maneira plausível de:

Cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación (Quarta Base Judicial do Supremo Tribunal de Justiça, nº 384/2005, de 23 de maio).

E isso com o objetivo de que o regime de custódia seja consistente com o princípio dos melhores interesses da criança. Assim, os tribunais espanhóis entendem que o conflito entre os pais de um menor cuja custódia está em processo de atribuição é neutro, não pode ser avaliado como um fator determinante em si decidir tutela e guarda conjunta só se tornam relevantes quando afetam, prejudicando, o interesse do menor. Portanto, que a neutralidade seja mantida se o que se pretende é a alteração da decisão, ao menos neste momento em particular.

Como dissemos no começo desta seção, aqueles que têm que assistir todos os dias para o melhor interesse da criança são os pais ou os seus guardiões. De uma perspectiva internacional, o Estado deve responder internacionalmente da observância do princípio, deve defender sua ações em relação ao cumprimento das obrigações derivadas da Convenção perante o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Humanos da Criança (doravante, o Comitê) que é criado em aplicação de seu artigo. Isto implica a necessidade de o ordenamento jurídico nacional conter medidas suficientes para permitir o cumprimento das obrigações presença daqueles que são os principais responsáveis por isso.

### **2.3 Critérios aplicáveis para determinar o melhor interesse da criança**

Da mesma forma que nos falta uma definição sobre o melhor interesse do menor, não temos critérios aplicáveis com caráter para determiná-lo, uma vez que nem textos internacionais nem nacionais (no caso em análise, o Código Civil Espanhol ou a Lei Orgânica para a Proteção de Menores) eles são estabelecidos exaustivamente. A este respeito, o Comentário Geral da Comissão sobre o Direito de que seus melhores interesses são uma consideração primordial, uma lista aberta de elementos a serem considerados ao identificar o bem superior do menor, especificamente os sete seguintes: a opinião do criança, sua identidade, 40 a preservação do ambiente familiar e a manutenção das relações, cuidado,

---

<sup>7</sup> Interessante conferir o Segundo Fundamento Jurídico da Ordem da Câmara Civil do Supremo Tribunal Espanhol, de 02 de julho de 2013, em que foi interposto recurso de cassação contra a Sentença do Tribunal Provincial de Madri, de 20 de julho de 2012.

proteção e segurança da criança, situação de vulnerabilidade, direito da criança à saúde e educação. Esta avaliação, claro, a partir da garantia do estado de total respeito pelo seu direito intrínseco à vida, sobrevivência e desenvolvimento.

Por seu turno, em Espanha, a Lei Orgânica sobre a Proteção Legal de Menores (como foi escrito após a modificação do sistema de proteção da infância e adolescência) distingue (em seu artigo em segundo) entre critérios e elementos a considerar para determinar o que é o maior interesse da criança em um caso específico. Tem que se levar em conta os critérios e elementos que são sempre indicados de acordo com o cenário que nos é apresentado. Assim, a ponderação dos interesses em presença será diferente dependendo da posição ocupada pela criança: que em um caso concreto pode ser a vítima ou o autor de um crime. Junto com isso haverá para considerar a idade da criança, como um adolescente irá expressar uma opinião formada, enquanto que se você está nos primeiros anos de sua vida inevitavelmente terá menos relevância do que a anterior, sem esquecer essa idade é indicativa de sua maturidade, que é a coisa realmente importante quando escutar (não apenas ouvir) a criança é tratada. O que há para determinar neste momento é a capacidade de transmitir suas próprias idéias formada responsabilmente e não induzida por alguns mecanismos, entre os quais não podemos descartar o medo da criança das conseqüências de sua manifestação de vontade naqueles que ele pode afetar.

A Defensoria Pública da Espanha vai mais longe em termos de relevância opinião expressa por ele, indicando que, se a decisão do juiz não lhe é conforme, deve ser o resultado de razões excepcionais, que Eles terão que motivar o suficiente.

Um elemento controvertido, quando se trata de sua avaliação, é concernente à identidade cultural, conceito que, segundo o Comitê, vai entender a linguagem, sexo, religião, cultura e a personalidade que reitera a Lei Orgânica (artigo 2.2.d). Para evitar interpretações incorretas de esta categoria, esse órgão estabelece como limite da identidade cultural respeito pelos direitos reconhecidos na Convenção, além de esclarecer que será levado em consideração na decisão sobre a família adotiva, preferindo aquele com uma identidade cultural mais semelhante à origem da criança.

O resto dos elementos são talvez senso comum, preservação do ambiente da criança é fundamental, sabemos que precisam de rotinas cuja manutenção lhes dá segurança, daí sua continuidade é relevante quando se trata de manter a estabilidade emocional. Por este motivo, a Convenção estabelece sua separação da família nuclear exclusivamente se recomendado pelos melhores interesses do menor (artigo 20.1). Por quê? Por outro lado, no caso de colapso da família, a custódia deve procurar influenciar da maneira mais pequena possível nas rotinas



da criança e em todos os os casos, devemos tentar manter uma relação normalizada com ambos pais e suas famílias em um sentido amplo. O sucesso é mais difícil desta tentativa quando os pais não são apenas separados, mas eles habitam em diferentes países ou mesmo continentes.

Por este motivo, o Comitê solicita a expressão do consentimento As Conferências de Haia de Direito Internacional são vinculativas para os Estados sob as Convenções Particular que incorporam normas para resolver aspectos relevantes, como a subtração de menores, a adoção internacional ou o reconhecimento e execução de decisões em assunto de obrigações alimentares, entre outros.

Neste ponto, devemos levar em conta a importância da passagem de tempo Embora os menores sejam geralmente caracterizados por sua grande capacidade de adaptação a novas circunstâncias, para o seu próprio equilíbrio emocional, não é aconselhável alterar o seu modo de vida com frequência. Um elemento determinante é o curso do tempo que tende a fortalecer os laços que os ligam ao ambiente imediato e enfraquecem o relacionamento com os pais até mesmo o biológico. Esse curso foi decisivo para decidir no melhor interesse da criança no caso *Forneron e filha contra Argentina*, originada por uma gravidez não relatada ao pai biológico e a entrega na adoção do fruto do bebê dessa relação a uma família, apesar de a pedido do pai para cuidar de sua filha. O procedimento antes Corpos judiciais argentinos dilatados de tal maneira que quando Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o menor já cumpriu dez anos A passagem do tempo está bem estabelecida cria laços afetivos entre a criança e o ambiente familiar que o rodeia, ser biológico, adotivo ou adotivo, de modo que o atraso dos prazos pode fundamentar uma decisão adversa para o requerente neste caso, no interesse do menor, mesmo que a parte interessada tivesse agido com a devida diligência.

No que diz respeito aos cuidados, proteção e segurança da criança, bem Como o seu direito à saúde e educação, mais uma vez você tem que ter em conta as diferentes necessidades que dependem do grau de maturidade, as circunstâncias que o cercam ou as ameaças que podem afetá-lo. Por exemplo, a prática mostra que as meninas estão mais expostas a abuso sexual e crianças a recrutar para lutar em conflitos armados, mas algumas não são protegidas por ameaças baseadas em gênero que afetam os outros. Nesse ponto, o Estado deve adotar as medidas necessário para prevenir e suprimir comportamentos que possam afetar a segurança da criança (entendida como genérica) e fornecer melhores recursos gratuitos de saúde e educação.

Em relação à situação de vulnerabilidade, a única coisa clara e decisiva é que medidas de ação afirmativa devem ser tomadas, essenciais para alcançar a igualdade das crianças que

partem de situações assimétricas, porque como podemos ter filhos que formam um grupo vulnerável sair disso? Este é o caso, por exemplo, de crianças com deficiência em As escolas de inserção obviamente precisarão de mais apoio do que parceiros (diferentemente dependendo se estamos enfrentando deficientes físicos, psíquicos ou sensoriais). No entanto, esse apoio que eles precisam longe de subtrair os direitos dos outros, através do exercício do direito em questão, aproximar em maior medida os rendimentos dos primeiros ou a possibilidade de realizar esses estudos (no caso de pessoas com mobilidade reduzida).

#### **2.4 Consequências do melhor interesse da criança**

A primeira consequência que é extraída da aplicação correta do princípio é a priorização do interesse da criança sobre qualquer outro interesse legítimo na presença, se isso implica uma menor consideração deste Por último, como se fosse sobre não ser capaz de refletir sobre isso para resolver a situação na presença (conforme estabelecido pela Lei Orgânica nº 1/1996, após a modificação recentemente introduzido em seu artigo 2.4). Este efeito nós temos provado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos Humana como no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O caso de Forneron e filha contra a Argentina (visto apenas na seção anterior) é um bom exemplo de como o interesse pode afetar superior do menor para qualquer outro na presença<sup>8</sup>. Neste caso, a prevalência do princípio que nos preocupa pode nos levar a soluções aparentemente contraditórias com nosso senso de justiça, uma vez que temos para considerar qual deles é o que beneficia o maior equilíbrio desenvolvimento psicológico e infantil.

Os melhores interesses da criança não são considerados apenas na jurisprudência internacional, também em tratados internacionais, é uma exceção regra geral aplicável, por exemplo, no caso de subtração Internacional de menores. A este respeito, a Convenção de Haia, acerca dos Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, da qual a Espanha faz parte, exemplifica Esta situação, porque afirma que a sua finalidade é “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”, a menos que exista “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> É o julgamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 27 de abril de 2012.

<sup>9</sup> O mesmo artigo, 13b, contém dois parágrafos que expressam, respectivamente, o seguinte: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor”.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu sobre o caso de um casal separado que, quando a menina tem dois anos, mãe e filha clandestinamente abandonam o país de nascimento e residência até então (Israel) e se estabelecem na Suíça. Tribunais suíços que sabem alegação do pai sob a aplicação da Convenção de A Haia rejeita o retorno do menor devido ao sério risco psicológico o que isso implicaria. Neste caso, o risco parece certo, pois deve ser separado de sua mãe que poderia ficar na Suíça ou voltar para Israel, onde mais provável seria a sua entrada na prisão pelo crime cometido. Em consequência, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conclui (quando a menina tem 09 anos) para executar a ordem de retorno da criança a Israel violaria a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Nestes casos, é difícil estabelecer um equilíbrio entre interesses em causa, porque a aplicação dos melhores interesses da criança nos leva a consolidar uma situação cuja base está em um comportamento ilegal, que é o seqüestro internacional de menores, beneficiando aqueles que violam as regras. Embora saibamos que tem que prevalecendo o melhor interesse da criança, há hipóteses em que a passagem do tempo juntamente com a busca desse interesse, eles trazem legalidade a uma situação cuja origem viola a legalidade atual.

Esse mesmo interesse foi priorizado sobre a fraude da lei que eventualmente pode ser encontrado na origem da situação em presença, é um claro que o Tribunal de Justiça da União teve de enfrentar União Européia em sua jurisprudência, embora sem mencionar como base decisão dos melhores interesses da criança, tomou medidas tendendo a obtê-lo, é o caso de Ruiz Zambrano (É o STJUE de 8 de março de 2011, no caso C-34/09, Ruiz Zambrano / Office national de l'emploi belge). Neste caso, as crianças, de nacionalidade belga, são os determinantes da autorização de residência e trabalho para seu pai colombiano. O família Ruiz Zambrano chegou da Colômbia com um filho, em território Belga nasceu os dois pequeninos, para aqueles que não se inscrevem como nacionais Colombianos, e em vez disso, eles usam a lei belga que lhes permite adquirir nacionalidade de um recém-nascido se nenhum dos seus pais lhe fornecer este link. É verdade que a sentença não se refere expressamente para os melhores interesses da criança, mas a fundação na medida que é proposta como uma alternativa para a solução finalmente fornecida a expulsão dos pais, caso em que os menores teriam deixar o território do Estado de que são nacionais para o efeito acompanhá-los ou em seu defeito para estar sob a tutela das instituições Protetores da infância, separados dos pais.

Os melhores interesses do menor também motivaram mudanças legislativas, A necessidade do Comitê, a jurisprudência de um tribunal internacional ou a pressão da sociedade civil. Por exemplo, de As primeiras observações gerais da Comissão do Marrocos

está preocupado com a manutenção até janeiro de 2014 do lei que permitiu um violador se casar com sua vítima menor de idade evitar a punição correspondente à ofensa e limpar a honra da família do garota estuprada, com a base do melhor interesse da garota. A lei que, embora ele aceitasse a sanção do estuprador, ele perpetuou o sofrimento do vítima, em troca de não ser ela e sua família estigmatizada socialmente como consequência do crime de que ele havia sido vítima (identificando-se aqui o melhor interesse da menina, que defendeu a lei em questão).

Essa preocupação do Comitê, juntamente com a mobilização contra este preceito legal foi iniciado como resultado do suicídio de Amina Filali, quinze anos de idade, que estrelou em um desses casamentos forçado por sua família. Apesar de tudo, nessas ocasiões dependemos da coincidência entre a preocupação do Comitê e a mobilização da sociedade civil e a vontade da legislatura, que nem sempre ocorre. Em qualquer caso, embora este flagelo desapareceu no Marrocos, continua nos países vizinhos, como a Mauritânia e no próprio Estado marroquino, de acordo com a observação do 2014 Comitê, a união de criança permanece debaixo da idade legalmente estabelecido, permitido pela dispensa da autoridade competente para o melhor interesse da criança, que geralmente é ser uma garota.

Um exemplo de modificação resultante de um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que encontramos na consequência do *Menesson e Labassee v. France*, em que ele afirmou que Legislação francesa que proibia o registro de crianças nascidas no exterior através de gravidez substituta viola o direito à vida privada, protegida no artigo 8o. Da Convenção Europeia dos direitos humanos. De qualquer forma, o desempenho dos pais foi contrária à portaria nacional que proibia esse tipo de adubação na França, embora tenha sido a solução lógica se nos ativermos ao melhor interesse de filhos recém-nascidos.

### **3. Conclusões**

Não se pode esquecer que o principal responsável pelo melhor/maior interesse do menor são os pais e, quando a situação transcende o núcleo familiar, os órgãos responsáveis em cada caso específico, sejam as autoridades guardiões que cuidam deles na ausência de contexto familiar, sejam os juízes que decidem sobre conflitos que possam afetar de alguma forma os menores, ou até mesmo o Poder Legislativo, se for para adotar normas que estejam real ou potencialmente ao alcance de menores.

Ao longo das páginas anteriores, foi possível ressaltar a flexibilidade característica do princípio do maior interesse da criança, bem como a relevância dos critérios que servem para determiná-lo em cada caso específico, posicionando a criança no centro da decisão e tentando

eliminar o julgamento do corpo encarregado da aplicação normativa das condições subjetivas que poderia afetá-lo (moral, ético ou religioso), o que pode resultar no aspecto mais difícil de sua aplicação.

A aplicação correta do bem superior do menor por razões de estabilidade e desenvolvimento emocional pode conduzir à consolidação de situações que têm sua origem em uma fraude ou ato atentatório à lei, como no caso dos sequestros internacionais. Punir com sentenças de custódia o pai que se mudou sem o consentimento do outro ou mesmo ante à sua recusa e na ausência de autorização judicial, caso seja exigível, na medida em que seria contrário ao bem superior do menor, consolida a guarda e custódia daqueles que violaram as regras, mas somente atendendo a esse interesse prioritário para os outros. Apesar disso, deve-se considerar que, nesses casos, ambos provavelmente estão buscando interesse do filho em comum, embora cada um de sua própria perspectiva. Portanto, a aplicação do princípio nem sempre leva a soluções objetivamente justas. Pelo contrário, poderia levar a essa proteção violadora dos direitos reconhecidos aos outros ou resultados que parecem alheios à lei, porque são soluções que, se não houvessem menor, seriam resolvidas de uma maneira diametralmente oposta ou distinta daquela onde há uma criança a ser protegida. Entrementes, este é precisamente o contexto da proteção infantil. Essa é precisamente a essência deste princípio.

Todavia, como todos os riscos que podem surgir da aplicação do maior interesse da criança, é sempre mais conveniente e convincente a sua consideração para evitar as situações as quais sua falta de observância fica evidenciada. Ressalte-se o caso da criança de El Royo, um bebê que vivia no seio de uma família anfitriã e foi separado deles em razão de uma decisão judicial que levou à sua colocação em um abrigo com o propósito de estar perto de sua mãe, porque sua proximidade teria um efeito positivo na saúde de sua mãe. O fato é que em anos não foi possível saber se a saúde da mãe evoluiu positivamente. O que se sabe é que desde então a vida da criança tem sido uma sequência de idas sucessivas aos centros de acolhimento, tudo devido à falta de ponderação do interesse da criança. Evidentemente, o interesse da criança teria indicado sua permanência em um lar estável, como foi o anfitrião, em que se encontrava.

Consequentemente, o precedente indica que é melhor errar do lado de superestimar o interesse da criança do que incorrer em erros cujos efeitos não tenham solução concreta. Apesar da insegurança de que a avaliação dos interesses em perspectiva, por vezes, chega a decisões contrárias, o interesse do menor deve ser encarado como uma prioridade para os outros, já que além de ser uma obrigação legal, é uma aposta para o futuro, a despeito de, não

raras veces, os estudos doutrinários e jurisprudenciais adotarem critérios tão vagos ao ponto de sua aplicabilidade promorcionar um sentimento verdadeiramente agridoce.

## **Bibliografía**

Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. J. (dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Carmona Luque, M. R., *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.

De Bartolomé Cenzano, J. C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012.

García-Mendez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998.

González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Hierro, Liborio L., “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del niño”, *Revista de Educación*, núm. 294, 1991.

Invernizzi, A. y Williams, J. (eds.), *The Human Rights of Children*, Ashgate, Surrey, 2013.

Laing Klaff, R., “The Tender Years Doctrine: a Defense”, *California Law Review*, vol. 70-2, 1988.

Macías Vázquez, M. C. et al., *Marco teórico conceptual: violencia contra niños, niñas y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

Pocar, F., “La protection de la partie faible en Droit International Privé”, *Recueil de Cours de l’Académie de Droit International*, 188 (1984)-V.

Rodríguez Llamas, S., “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre (RJ 2013/7824)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero de 2015.

Vargas Gómez-Urrutia, M., *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura, Gobierno de Jalisco, 1999.

Verdugo, M.A. y Soler-Sala, V. (eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Salamanca, Ediciones Universidad, 1996.