

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT
MARIA BEATRIZ ISHIDA HIRAHARA

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: PECULIARIDADES SOBRE A SUA APLICAÇÃO
NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ATIBAIA - SP
2018

MARIA BEATRIZ ISHIDA HIRAHARA

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: PECULIARIDADES SOBRE A SUA APLICAÇÃO
NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Monografia apresentada à banca examinadora do
Centro Universitário UNIFAAT como exigência
parcial para obtenção do grau de bacharel, sob a
orientação do professor Marcelo da Silva Sobrino.

ATIBAIA - SP

2018

MARIA BEATRIZ ISHIDA HIRAHARA

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: PECULIARIDADES SOBRE A SUA APLICAÇÃO
NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Monografia apresentada à banca examinadora do
Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAAT
como exigência parcial para obtenção do grau de
bacharel, sob a orientação do professor Marcelo da
Silva Sobrino.

DATA:

BANCA EXAMINADORA:

Nome:

Titulação:

Nome:

Titulação:

ATIBAIA - SP

2018

Dedico esta monografia primeiramente aos meus pais, Maria do Carmo e Edson Sadao, as figuras que me incentivaram desde sempre a seguir os meus sonhos.

Ao meu irmão, João Henrique, que tornou os seus acordes em piano uma verdadeira trilha sonora durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, dedico estas palavras a todas as crianças deste mundo, cujos corações leves e puros merecem um toque eterno de felicidade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou plenamente grata a Deus, não apenas por ter me dado a bênção de viver, mas também por ser o meu principal guia iluminado em todos os momentos difíceis pelos quais passei que, aliás, não foram poucos. O Vosso Poder acalenta a minha alma e embala o meu coração. Agradeço aos meus pais, seres humanos incríveis, os quais me criaram com as melhores oportunidades na vida, mesmo que tenham crescido em famílias simples, mas extraordinárias. Me ajudaram a seguir em frente mesmo quando eu estava prestes a desistir. E conseguiram. Conseguiram uma filha que os ama incondicionalmente, apaixonada pela vida. Uma filha sedenta pelo aprendizado de novas culturas e terras, fascinada por música, literatura e idiomas, bem como obstinada a buscar o bem de todos. Também devo agradecer ao meu irmão, João Henrique, a verdadeira personificação daquilo que chamamos de “dom”. Embora sempre tenhamos algumas desavenças, sou grata por tê-lo como companheiro de show e viagens. Estamos apenas no início da exploração desse lugar intrigante que chamamos de “mundo”, o que, é claro, ocorrerá sob as melodias de alguma trilha sonora improvisada por nós dois. Provavelmente, “The Beatles” ou “A-ha”. Agradeço à minha avó materna Dina, essencial em minha criação, enquanto a minha mãe fazia especialização em Bauru. À minha avó paterna Midori, mais conhecida como “batchan”, forte em todos os momentos, a santa mais devota ao seu marido, aos seus filhos e netos. Sempre irei considerá-la um anjo enviada diretamente dos céus por tamanha bondade conosco. Embora tenha sido difícil escrever essas palavras de agradecimento, não posso deixar de agradecer aos meus avôs. Masao Hirahara (ditchan), o senhor foi a primeira pessoa a me deixar nessa vida, há aproximadamente três anos. Não posso me esquecer da coragem que teve em escapar da fome e guerra de Kagoshima (Japão) para reconstruir a vida em terras completamente desconhecidas. O senhor me dava broncas às vezes, era um pouco impaciente, mas eu sei que o senhor me amava. Agradeço por ter sido perseverante e ter criado uma família maravilhosa para nós todos. Por causa do senhor, tenho muito orgulho de ter as raízes na gloriosa “Terra do Sol Nascente”. *Domo Arigatou.* Mário Ishida, bato continência ao senhor todos os dias desde a sua partida para a sua eterna morada nos céus. As suas histórias de guerra a mim contadas parecem verdadeiras lendas e do senhor sinto saudades, amor e gratidão. Mesmo em suas últimas semanas, o senhor apertou a minha mão e disse que sempre terá orgulho de mim

como neta, independentemente das minhas escolhas. Com essas palavras em minha mente, procuro me esforçar cada vez mais. Fique em paz, vô. Agradeço aos meus verdadeiros companheiros de estudos durante toda a minha jornada acadêmica: Vivi, Haru e Lily, os meus filhos caninos. Embora não sejam seres humanos, são amados como tais. Inclusive, ao longo da redação desta monografia, todos me apoiaram enquanto estavam deitados ao lado da minha escrivaninha ou cama. Por fim, agradeço aos meus professores por terem me transmitido todos os ensinamentos jurídicos necessários para a correta compreensão dessa complexa ciência chamada de Direito. Ainda que eu tenha passado muito nervoso durante esses cinco anos, eu sei que valeu a pena diante da aprovação não somente na OAB, mas também no concurso público do TJ/SP. Ao meu orientador, “Marcelão”, agradeço por ter acalmado os meus nervos para escrever este texto. Ora, escrevi até demais. Enfim, a todos eu deixo estas palavras: muito obrigada.

“If you remember me, then I don’t care if everyone else forgets.”

(Haruki Murakami, Kafka on the Shore)

RESUMO

Também conhecida como Convenção de Haia de 1980, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças teve o seu integral teor redigido pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado com a nobre finalidade de promover o retorno imediato e seguro das crianças ilicitamente transferidas ou retidas ao país de residência habitual. Como uma medida de colocar em destaque os interesses das crianças a nível mundial, esse diploma internacional as resguardam das consequências danosas advindas de disputas interfamiliares, nas quais os filhos são vistos, na maioria dos casos, como um objeto a ser apropriado, como se estes fossem desprovidos de sentimentos. A referida Convenção foi apresentada ao mundo como um genuíno instrumento de cooperação jurídica internacional contemporâneo de modo a respeitar os respectivos ordenamentos jurídicos vigentes dos Estados-parte, revelando o verdadeiro valor da soberania. No entanto, é essencial a observância ao princípio da celeridade de modo a não se comprometer o retorno do menor ao seu “verdadeiro lar”. Em relação ao Brasil, ora Estado signatário, não existe qualquer exceção a tal regra. Com uma organização judiciária dualizada e com regras de direito material e processual próprias, o Estado brasileiro encontra vários entraves para uma aplicação eficiente, do teor da Convenção em território pátrio. Diante desse panorama, a análise sobre o texto convencional sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro é mais do que necessária, mas essencial. Com a metodologia consistente no exame dos principais artigos da Convenção de Haia de 1980, assim como do acervo doutrinário e jurisprudencial afeto aos direitos de guarda e de visita, a presente monografia tem o escopo de analisar o desempenho do Estado Brasileiro, tal como República Federativa, perante a comunidade internacional no que diz respeito ao sequestro internacional de crianças e, conseqüentemente, ao melhor interesse dessas, sob a consideração, aliás, de que o Poder Judiciário brasileiro está alicerçado tanto em instância federal como estadual.

Palavras-chave: Sequestro internacional de crianças. Convenção de Haia. Residência habitual. Celeridade. Direito de guarda e de visitas. Princípio do melhor interesse. Justiça Federal. Justiça Estadual.

ABSTRACT

Also known as 1980 Hague Convention, the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction had its full content composed by the Hague Conference on Private International Law with the noble purpose of promoting the immediate and safe return of children wrongfully removed or retained in the country of habitual residence. As a measure of contrasting the interests of children worldwide, this international deed protects them from the harmful consequences arising from interfamily disputes in which children are seen, in the most of the cases, as an object to be owned, as if they were devoid of emotion. The mentioned Convention was presented to the world as a genuine instrument of contemporary international legal cooperation in order to respect the respective legal systems of the States Parties, revealing the true value of sovereignty. However, the observance of the principle of celerity is essential in order not to compromise the return of the child to his “true home”. In relation to Brazil, as a signatory State, there is no exception to this rule. With a dual judiciary organization and its own rules of material and procedural law, the Brazilian State faces several obstacles to an efficient application of the Convention’s content in the country. Given this scenario, the analysis of the conventional text under the prism of the Brazilian legal system is more than necessary, but essential. With the methodology of examining the main articles of the 1980 Hague Convention, as well as the doctrinal and jurisprudential collection concerning rights of custody and visitation, this present monography has the scope of analyzing the performance of the Brazilian State, such as Federative Republic, to the international community with regard to the international child abduction and, consequently, to their best interests, under the consideration, moreover, that the Brazilian Judiciary is based on federal and state courts.

Keywords: International Child Abduction. Hague Convention. Habitual residence. Celerity. Rights of custody and visitation. Principle of the best interest. Federal Justice. State Justice.

LISTA DE ABREVIACOES

ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal
AGU – Advocacia Geral de União
AI – Agravo de Instrumento
CF – Constituio Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPC – Código de Processo Civil
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
LINDB – Lei de Introduo s Normas do Direito Brasileiro
MPF – Ministério Público Federal
ONU – Organizao das Naoes Unidas
REsp – Recurso Especial
SDH – Secretaria de Direitos Humanos
STF- Superior Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJMS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.....	15
1.1. Breve contexto histórico: processo de elaboração da Convenção de 1980.....	15
1.2. Objetivos.....	18
1.3. Conceitos específicos.....	19
1.3.1. Sequestro internacional.....	19
1.3.2. Residência habitual.....	20
1.3.3. Autoridades Centrais.....	23
1.3.4. Transferência e retenção ilícitas.....	26
1.4. Dos sequestradores: quem são e quais são os seus motivos.....	28
1.5. Juízes de enlace.....	30
1.6. Exceções ao retorno da criança.....	32
1.7. Celeridade: o vínculo entre o tempo e a restituição do menor subtraído.....	36
1.8. Pressupostos de admissibilidade para fins de aplicação da Convenção de Haia de 1980.....	39
2. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	44
2.1. O processo de incorporação dos tratados à ordem jurídica nacional.....	44
2.2. Cooperação jurídica internacional: o Estado brasileiro diante do sequestro internacional de menores.....	47
2.3. Direito de guarda e visita: uma breve análise comparativa entre a Convenção de Haia de 1980 e o Código Civil de 2002.....	52
2.4. Aspectos procedimentais da solicitação de devolução da criança no Brasil.....	61
2.4.1. Medidas judiciais adotadas.....	64
2.4.2. Sentença e recurso.....	67
2.4.3 Despesas.....	68
2.5. Sobre a autorização de viagem internacional: uma análise sobre a Resolução nº 131/2011, do CNJ.....	69
3. O TEOR DO ARTIGO 16 DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A DUALIDADE DE JURISDIÇÕES NO BRASIL.....	74
3.1. Breves asserções sobre competência internacional.....	74
3.2. Artigo 16: restrições à competência.....	77
3.3. Conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual: a dualidade existente no Estado brasileiro.....	84
3.3.1. A possibilidade de conexão de ações: o posicionamento do STJ.....	86

3.3.2 A Suspensão do processo perante o Justiça Estadual como medida alternativa	89
3.3. O princípio do melhor interesse: a necessidade de aperfeiçoamento pelo Brasil.....	96
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
ANEXO – DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000.....	110

INTRODUÇÃO

Relativamente recente, mas de grande importância, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças trouxe às relações jurídico-internacionais a preocupação com o bem-estar da criança e o seu pleno desenvolvimento. Em outras palavras, elevou o princípio do melhor interesse da criança ao patamar internacional.

Com a nobre finalidade de proteção às crianças, verdadeiras vítimas dos seus próprios genitores, a Convenção de Haia de 1980 busca reunir os principais protagonistas nas relações estrangeiras, ou seja, os Estados e Organizações internacionais por meio de diversas medidas jurídicas, com grande relevância diplomática.

Infelizmente, poucas pessoas têm conhecimento da existência da Convenção, o que incluem os operadores do Direito. No Brasil a situação não é diversa, não sendo raros os casos em que inúmeros pais ou mães brasileiros tiveram os seus filhos levados subitamente para outros países, onde não apenas os costumes e o idioma são diferentes, mas na maioria das vezes, também o ordenamento jurídico. Os estudantes de Direito não são os únicos a desconhecer essas regras alienígenas: o próprio Poder Judiciário e Ministério Público são alheios a esse gravíssimo problema interfronteiras. É o que Mônica Sifuentes aponta de maneira crítica¹:

Considerando o tempo em que a convenção se encontra em vigor no país – pouco mais de oito anos – e sua pequena divulgação no território nacional, era natural que houvesse, por parte não apenas dos juizes, mas dos demais operadores do direito, desconhecimento não apenas sobre a sua existência, como também sobre o próprio conteúdo da Convenção de Haia de 1980. Esse desconhecimento tem sido responsável por grandes delongas no procedimento interno, tanto administrativo como judicial, em razão não apenas do pedidos formulados incorretamente, seja à Autoridade Central seja ao juiz, como também da errônea escolha dos passos processuais.

Considerando essas breves asserções, o presente trabalho tem como objetivo apresentar a obediência da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de

¹ Cf. SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009, p. 138. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e>

Crianças, mais precisamente em relação ao seu artigo 16, ao princípio da melhor interesse da criança.

De modo a conscientizar sobre a importância do conteúdo desse instrumento internacional, a primeira parte do presente trabalho visa estabelecer um panorama geral sobre a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças com uma análise sucinta e concentrada dos seus artigos mais relevantes. Serão apresentados não apenas dados históricos como também objetivos, conceitos específicos e as exceções ao retorno da criança ao seu país original todos extraídos desta verdadeira expressão da cooperação internacional contemporânea.

A segunda parte, por sua vez, tem como escopo a aplicação da Convenção de Haia de 1980 sob a jurisdição brasileira. Inicialmente será explanado o processo de incorporação de Convenções Internacionais ao ordenamento jurídico nacional, desde a negociação entre os Estados partes e a publicação do texto final. De grande importância e uma das bases do Direito Internacional Privado, a cooperação jurídica será minuciosamente explicada com as nuances do Código de Processo Civil de 2015. Posteriormente, serão analisados os direitos de guarda e de visitas sob a luz do Código Civil Brasileiro de 2002 em relação ao disposto na Convenção de Haia de 1980, contando, por óbvio, com breves nuances de dispositivos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). Em seguida, será realizada uma análise sobre o procedimento adotado pelo ordenamento jurídico pátrio com o escopo de garantir o retorno da criança anteriormente sequestrada. Por fim, serão apresentados os requisitos para a autorização de viagem internacional com menores, nos termos da Resolução nº 131/2011, do Conselho Nacional de Justiça.

Em relação à terceira e última parte, será feita uma breve análise sobre o artigo 16 da Convenção, relativo ao Juízo Competente para a análise do direito de guarda. Em seguida e dentro do âmbito nacional, será abordado o conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual para fins de apreciação do pedido de restituição, ante a organização federativa do País. Também serão expostas as medidas propostas pelos doutrinadores, bem como pelos Tribunais Superiores, a saber, a conexão de ações e a suspensão do processo. Por fim, será feito um sucinto comentário sobre a insuficiência da aplicação desses institutos processuais sob o prisma do princípio do melhor interesse. Para fins de ilustração, serão apresentados precedentes jurisprudenciais nacionais de modo a ressaltar aspectos positivos e

eventualmente os negativos decorrentes da aplicação desse instrumento normativo internacional em território brasileiro.

1. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

1.1. Breve contexto histórico: processo de elaboração da Convenção de 1980

Diante da globalização, as relações sociais ultrapassaram as fronteiras dos territórios nacionais de modo a formar uma rede rica, mas complexa com um intenso fluxo de informações, bens e pessoas, tornando-se, por sua vez, relações plurinacionais. Nos termos de Maria Berenice Dias ², “o fenômeno da globalização permitiu às pessoas se tornarem cidadãos do mundo”. Esse novo contexto social transformou as civilizações desde os seus núcleos mais complexos, como as entidades governamentais, até os mais elementares, como a família.

Não é incomum a existência de núcleos familiares, cujos membros tenham diferentes nacionalidades, bem como residam em diversos países. Sob esse aspecto, não há dúvida de que é crescente o número de crianças e adolescentes, cujo(a) genitor(a) seja estrangeiro(a). Seguindo essa lógica, também tem se tornado elevada a quantidade de divórcios entre esses pais que, por sua vez e como qualquer outro casal, também devem lidar com a questão da guarda dos filhos. Esse é um dos novos aspectos sobre o contexto familiar em uma sociedade, cujas fronteiras tendem a desaparecer.

Expõe Nádia de Araújo a situação da internacionalização das famílias, em especial no contexto do rompimento de vínculo entre os casais:

O fenômeno mais dramático da separação de casais de nacionalidades diversas é o aumento de casos em que um dos pais retira o menor do país de sua residência habitual sem a permissão do outro. É uma situação típica da vida moderna, onde a maior mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente. O alto índice de divórcios na atualidade é fato complicador dessa situação. Até alguns anos essa situação não apresentava solução satisfatória e a maioria dos países tendia a reter o seu nacional, ainda que a criança tivesse ingressado através de um ato ilícito. Além disso, uma das maiores dificuldades era a localização do menor, já que os Estados não dispunham de mecanismos de cooperação internacional nessa matéria (ARAÚJO, 2018, p. 341).

Essa nova configuração familiar se tornou alvo de estudos pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, criada em 1893 e reconhecida como uma organização

² DIAS, Maria Berenice. Manual do direito das famílias. 12 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 735.

permanente em 1955. Composta por 83 membros (82 Estados-Membros, além da União Europeia), tal organização intergovernamental é o verdadeiro fruto da interação entre os sistemas jurídicos vigentes no mundo atual. Dessa forma, visa uniformizar as regras de direito internacional no âmbito privado de modo a garantir a segurança jurídica por meio de regras sobre competência internacional e a consequente delimitação sobre qual o direito a ser aplicado, bem como o trâmite de reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras. São verdadeiros instrumentos jurídicos supraleais sobre os mais diversos temas de Direito Privado, dentre os quais o Direito de Família, bem como a proteção internacional da criança.

Quarenta e cinco foram as Convenções Internacionais adotadas em reuniões da Conferência, de 1893 a 2007. As negociações sobre esses documentos de imensurável relevância às relações diplomáticas são feitas em reuniões a cada quatro anos na chamada Sessão Diplomática Ordinária. O processo de elaboração e revisão do conteúdo das Convenções fica a cargo das Comissões Especiais. Além disso, a organização das atividades da Conferência se encontra concentrada no Escritório Permanente, também conhecido como Secretaria Multinacional, responsável não apenas pela realização das sessões diplomáticas ordinária e das reuniões das comissões especiais, como também efetiva pesquisas sobre assuntos correlatos aos da Conferência e se comunica com os Estados Membros por meio das Autoridades Nacionais.

Um dos aspectos mais relevantes da Conferência é a sua preocupação com a proteção às crianças, em especial, aquelas que se encontram em situação de risco. Várias são as convenções elaboradas, que visam tal proteção: Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores (1961); Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980), objeto da presente monografia; Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (1993); e a Convenção Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução, à Cooperação em matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Proteção da Criança (1996).

Especificamente sobre o sequestro ou rapto internacional de crianças, tratava-se de uma ocorrência muito mais grave e de difícil solução. Aliás, não havia uma cooperação internacional bem estruturada sobre o tema, ou seja, não havia comunicação entre os países para que houvesse êxito no retorno da criança. Além disso, as decisões geralmente

beneficiavam o pai ou a mãe responsável pelo sequestro, que conseguiam manter os seus filhos de maneira irregular nos países em que respectivamente viviam. Para a Prof^a Dra. Nádia de Araújo, o que existia de fato era uma clima de insegurança:

Para essas situações, os instrumentos tradicionais do direito internacional privado eram inadequados: era difícil tanto o pedido de guarda no país estrangeiro, quanto o cumprimento da ordem proveniente do exterior, que necessitava ser cumprida em outra jurisdição, pois havia grande sentimento de desconfiança entre os juizes. Presumia-se que depois que a criança fosse restituída para outro país jamais retornaria. Isso gerava grande sensação de frustração por parte de todos os envolvidos. Não havia nenhum instrumento em prol da cooperação entre os poderes judiciários e a exceção de ordem pública assumia um papel preponderante na maioria dos julgamentos³.

Diante desse impasse, na década de 1970, a Conferência deu início aos estudos sobre o tema. Foi em 1976, que o tema foi apresentado à Comissão Especial da Conferência pela delegação canadense, quando foi utilizado o termo “legal kidnapping”. Dessa forma, o intuito era elaborar um instrumento capaz de concretizar direitos e deveres entre os Estados comprometidos com a restituição dos menores. Nesse contexto, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída em 25 de outubro de 1980, por voto unânime, na 14^a Sessão da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Atualmente, a Convenção de Haia de 1980 conta com 99 Estados-Partes, sendo que alguns deles não são membros da Conferência⁴.

O Brasil aprovou o documento em 15 de setembro de 1999 por meio do Decreto Legislativo nº 79 do mesmo ano⁵. A Carta de Adesão foi assinada em 27 de setembro de 1999 e o seu depósito ocorreu em 19 de outubro do mesmo ano. A Convenção foi internalizada ao território nacional por meio do Decreto nº 3.413/2000⁶, de 14 de abril de 2000, data em que ocorreu a sua promulgação. A publicação e entrada em vigor ocorreram no dia 17 de abril de 2000. Nos termos do art. 1º do referido decreto houve reserva apenas em relação ao artigo 24 da Convenção, de modo que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sobre sequestro internacional de crianças fossem acompanhados de tradução juramentada oficial.

³ ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 341.

⁴ Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁵ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecretLegisl79.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁶ ANEXO – Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

1.2. Objetivos

Apresentados logo no início da Convenção (artigo 1), os objetivos expressam não apenas a finalidade da cooperação jurídica entre os Estados Contratantes, como também deveres a serem observados por eles:

Artigo 1. A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes o direito de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

O primeiro objetivo visa o retorno imediato da criança removida compulsoriamente ou retida de forma ilícita do Estado Contratante no qual ela havia desenvolvido os seus laços sociais e, principalmente, os afetivos. Nesse aspecto, a Convenção deixa claro o repúdio à violação ao direito de guarda e visita no cenário internacional e visa o retorno ao *status quo ante* da situação familiar em que a criança vivia antes da subtração.

Já o segundo objetivo se refere ao dever do respeito mútuo entre os Estados Contratantes dos direitos de guarda e de visita respectivamente vigentes em seus territórios, como uma forma de reconhecimento da soberania, elementar em um Estado Nacional.

O que se verifica, no entanto, é a coexistência de diversas ordens judiciais provenientes das também variadas jurisdições. Nesse sentido, não são raras as tentativas de mascarar a remoção da criança por um de seus genitores por meio da legalização da transferência, por meio da própria legislação interna vigente e, conseqüentemente, por meio das decisões judiciais proferidas com base naquela. Segundo os ilustres juristas Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon, por meio da interpretação do relatório de Elisa Pérez-Véra, o que realmente deve prevalecer nesta vasta gama de comandos judiciais estrangeiros é o aspecto sociológico:

[...] A Convenção não ignora essa pluralidade de ordens jurídicas e culturas envolvidas tanto que relativiza os conceitos e definições de direito para residência, guarda, domicílio, cláusula de veto, visitação e possibilidade unilateral de alteração de residência, de forma a privilegiar a situação efetiva sociológica real da criança, presumindo-se que o melhor lugar para ela estar e ter a sua situação jurídica definida é o local e foro de sua última residência habitual, anterior à subtração ou retenção ilícita. Basta que aquele que requer o retorno tivesse algum exercício de direito de

impedir dentro do direito interno do país da última residência habitual aquele êxodo da criança⁷.

Percebe-se o viés sociológico da Convenção, pois ainda que tenha intrínseca relação com o direito de guarda e visitação, não se destina à sua fixação. Por meio da cooperação entre os Estados-parte, não existe uma nova definição sobre o detentor da guarda da criança, esta estabelecida de acordo com a ordem jurídica vigente do respectivo país, mas o retorno do menor ao país em que tinha a sua residência habitual. Aliás, ao atingir esse objetivo, garante-se a resolução adequada dos litígios sobre os direitos de guarda e de visita que rodeiam o núcleo familiar da criança subtraída.

1.3. Conceitos específicos

Para melhor compreensão e correta interpretação do texto da Convenção de Haia de 1980, é necessária a definição de determinados conceitos, específicos da matéria de sequestro de menores.

Deve-se apontar que à redação de boa parte dos seus artigos foi conferida certa flexibilidade, de modo a viabilizar a adequação necessária aos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte e, conseqüentemente, a sua aplicação.

1.3.1. Sequestro internacional

Diferentemente do que se deduz da denominação “sequestro”, esta não se liga ao crime de sequestro e cárcere privado previsto no artigo 148, do Código Penal Brasileiro de 1940⁸. O termo foi um resultado da tradução da expressão do português lusitano “raptó” que, por sua vez, foi a tradução da palavra *abduction*, proveniente do título original da Convenção, em inglês, *Hague Convention of 25 October of 1980 on the Civil Aspects of Child Abductions*. Em francês, em que o título é *Convention du 25 Octobre sur les Aspects Civil de L'enlèvement International D'enfants*, a palavra *enlèvement* (em português, remoção) confere a correta semântica ao termo, em acordo com a Convenção.

⁷ CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen;: Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 08.

⁸ Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena – reclusão, de um a três anos [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 15 jul 2018.

De forma crítica ao termo “sequestro”, o Grupo Permanente de Estudos sobre Convenção de Haia de 1980 do Supremo Tribunal Federal aponta a ojeriza que tal palavra produz aos brasileiros, pois leva primeiramente à ideia da prática de um ilícito penal com o intuito de obter qualquer vantagem financeira:

[...] No Brasil, curiosamente, optou-se pela utilização do termo “sequestro o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou “penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno. A utilização do termo “sequestro” tem causado repulsa até mesmo entre os pais que o cometem, por estar ligado à subtração de pessoas com o objetivo de obter dinheiro ou vantagem financeira, o que não é o caso. Um ajuste na tradução do texto original da Convenção para o português seria bem recebido, para aplacar muitas dúvidas e mal-entendidos⁹.

Elisa Pérez-Véra, autora do relatório explicativo da Convenção explica o motivo pelo qual se manteve a palavra *abduction*:

Por outro lado, considerou-se desejável manter o termo "rapto" no título da Convenção, devido ao seu uso habitual pelos "meios de comunicação de massa" e sua ressonância na mente do público. No entanto, para evitar qualquer ambiguidade, o mesmo título, tal como na Minuta Preliminar, estabelece claramente que a Convenção visa apenas regular os "aspectos civis" deste fenômeno em particular [...] (Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 53, tradução nossa).¹⁰

Dessa forma, o termo “sequestro” deve ser compreendido como a transferência ou retenção da criança sem o consentimento do genitor detentor da guarda, de modo a possibilitar o seu ingresso e permanência irregular no Estado no qual não havia a sua residência habitual, de modo a criar uma situação fática ou jurídica que seja mais conveniente aos interesses do genitor “sequestrador”.

1.3.2. Residência habitual

Conforme dito no item 1.1, não era difícil o genitor responsável pelo sequestro ter em seu favor a decisão judicial. Isso se deu pela Convenção de Haia de 1961, também conhecida como Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em

⁹ Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças Anotados pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal, p. 01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em 15 jul 2018.

¹⁰ “On the other hand, it was felt desirable to keep the term ‘abduction’ in the title of the Convention, owing to its habitual use by the ‘mass media’ and its resonance in the public mind. Nonetheless, so as to avoid any ambiguity, the same title, as in the Preliminary Draft, states clearly that the Convention only aims to regulate the ‘civil aspects’ of this particular phenomenon [...].”

Matéria de Proteção de Menores¹¹, que demonstrou-se ineficiente para o problema do sequestro internacional de crianças. Segundo esse documento internacional, a mera mudança para outro Estado, ou seja, incluía a transferência compulsória, importava na alteração da residência habitual da criança. Dessa forma, sob uma nova jurisdição e uma nova lei interna aplicável, muitas vezes as decisões judiciais mantinham as crianças removidas de maneira irregular distantes da sua verdadeira residência habitual.

Essa expressão “residência habitual” é o fator determinante para a aplicação da Convenção de Haia de 1980, uma vez que não apresenta uma definição exata do termo “residência habitual”, o que, por sua vez, dificulta a sua aplicação uniforme por todos os Estados-Parte. Ademais, o direito interno do país do qual a criança foi retirada será utilizado como parâmetro de residência habitual. Posteriormente será verificado se ocorreu a transferência ou retenção ilícita.

É essencial que se atente ao aspecto sociológico e psicológico por trás da residência habitual. Afinal, é nesse espaço que a criança irá se desenvolver sob a perspectiva física, moral, psíquica e, também, juridicamente. É o que o Ministério das Relações Exteriores do País estipulou em sua Cartilha sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores:

[...] É o país/estado onde a criança reside, com intenção de lá permanecer. De modo geral, o país de residência habitual é aquele de onde foi retirada e para o qual deve ser restituída. No caso de crianças, em especial as mais jovens, o mais comum é considerar como seu local de residência habitual o mesmo dos seus genitores. O requisito temporal pode variar, não existindo um prazo mínimo” para sua configuração. A Convenção se funda na premissa de que é no local de “residência habitual” que a criança possui vínculos mais robustos e importantes, não somente com seus genitores, mas com o ambiente escolar, linguístico, social, família estendida e outros¹².

De igual forma, o Grupo Permanente de Estudos do STF alerta sobre as consequências da alteração súbita da residência habitual da criança:

Conquanto se possa atribuir algumas falhas à Convenção, não se pode esquecer que, sendo resultado de muitas discussões entre os países que inicialmente a assinaram,

¹¹ Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=39>>. Acesso em 01 ago. 2018.

¹² BRASIL. Advocacia-Geral Da União. Combate à subtração internacional de crianças. (Cartilha), 2011, p. 12. Disponível para download em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 23 mar 2018.

ela certamente representa uma opção bem melhor que o sistema de autodefesa. De fato, é inegável que a atitude de um dos pais, de arrebatá-la arbitrariamente a criança do convívio em família, traga a ela consequências nefastas, tais como mudança constante de endereço, de convívio social, de escola e às vezes até de nome¹³.

Segundo a Prof^a. Dra. Nadia de Araújo, a conceituação de residência habitual tem efeitos práticos e concretos¹⁴. Afinal, o que irá determinar o retorno da criança é se ela realmente tinha a sua residência habitual fixa no Estado requerente e se houve a sua transferência ilícita ou retenção indevida. Além disso, é o ordenamento jurídico vigente no Estado em que a criança mantinha a sua residência habitual que irá influenciar sobre os demais requisitos necessários ao pedido de restituição, isto é, o exercício efetivo do direito de guarda.

Embora no item 66¹⁵, a relatora Pérez-Vera não considere a residência habitual como um domicílio, haja vista consistir numa questão meramente fática, no Brasil, por exemplo, são de suma importância o artigo 70 do Código Civil de 2002¹⁶ e do artigo 7º, § 7º da LINDB¹⁷, uma vez que se pode considerar o domicílio como o local em que o menor tem a sua residência habitual. Afinal, é o local em que a pessoa natural “estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

Não há qualquer vínculo entre a determinação da residência habitual e a nacionalidade do menor. Nesse sentido, o grupo de pesquisa coordenado pela Prof.^a Carmen Tibúrcio e pelo Prof.^o Guilherme Calmon na Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região consolidou o enunciado 21:

21. Não há uma relação entre a nacionalidade dos pais, tutores ou responsáveis e a residência habitual da criança, para fins de aplicação da Convenção de Haia (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 106).

¹³ Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças Anotado pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal, p. 02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em 15 jul 2018.

¹⁴ ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 346.

¹⁵ Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Item 66. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/exp128.pdf>>. Acesso em 30 abr 2018.

¹⁶ Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 nov. de 2018.

¹⁷ Art. 7º, § 7º. Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 02 nov. de 2018.

Importante ressaltar, tal como aponta a Advocacia Geral da União em sua Cartilha sobre “Combate à Subtração Internacional de Crianças – A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças”¹⁸, a nacionalidade e o domicílio dos genitores e da criança subtraída não tem tamanha importância tal como a vontade de criar vínculos com um novo país e o tempo que, conforme anteriormente dito, não é delimitado.

1.3.3. Autoridades Centrais

Principal protagonista na Convenção de Haia de 1980, a autoridade central é um órgão nacional responsável pelos pedidos de cooperação jurídica internacional com a finalidade de êxito no retorno da criança ou adolescente ao Estado em que fixou a sua residência habitual. Conforme Carmen Tiburcio¹⁹, a Convenção adotou um sistema misto de cooperação, uma vez que a efetividade de suas normas depende tanto das Autoridades Centrais quanto das autoridades judiciais e administrativas em geral.

Além disso, o Relatório da Comissão Especial de 1989 apresentou como recomendação a atuação dinâmica entre tais Autoridades de modo a acelerar o trâmite dos procedimentos administrativos.

Nos termos do artigo 6º da Convenção, a Autoridade Central será designada pelo respectivo Estado Contratante. Por sua vez, mais de uma Autoridade Central poderá ser designada no caso de Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou em que existam organizações territoriais autônomas. Incumbe a esse órgão o cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção:

Artigo 6. Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados Federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

¹⁸ BRASIL. Advocacia-Geral Da União. Combate à subtração internacional de crianças. (Cartilha), 2011, p. 12. Disponível para download em: < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035 >. Acesso em: 23 mar 2018.

¹⁹ CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen; Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

Cumprir ressaltar que a designação da Autoridade Central está correlacionada à forma de Estado dos contratantes, ou seja, se estes adotam a organização de um Estado Unitário ou de uma Federação. No Brasil, por exemplo, deu-se preferência a uma única Autoridade Central, não obstante a sua forma federativa, nos termos do artigo 1º, *caput*, e artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Aliás, conforme preceitua o artigo 21 do mesmo diploma, a União é o ente competente para manter as relações com os Estados estrangeiros e participar das organizações internacionais, o que engloba, por sua vez, o cumprimento dos deveres decorrentes dos instrumentos normativos internacionais aos quais o País aderiu.

Desse modo, por meio do Decreto nº 3.951, de 04 de outubro de 2001²⁰, foi designada como Autoridade Central a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, integrante do Poder Executivo Federal. Nos termos do artigo 1º, da Lei nº 12.314/2010, tal órgão integra a Presidência da República e tem diversas atribuições, estas detalhadas no artigo 24 da mesma Lei²¹. No segundo capítulo deste trabalho, será analisada a atuação da Autoridade Central Federal do Brasil.

O artigo 7º estabelece que deve haver cooperação entre as Autoridades Centrais, bem como a promoção por intermédio delas de uma colaboração entre as autoridades competentes sobre o tema, existentes nos seus respectivos Estados. Em um rol exemplificativo, a segunda parte do dispositivo expõe as obrigações a serem cumpridas pelas

²⁰ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3951.htm>. Acesso em: 15 abr 2018.

²¹ Art. 24. À Secretaria de Direitos Humanos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias. § 1º Compete ainda à Secretaria de Direitos Humanos, sem prejuízo das atribuições dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, atuar em favor da ressocialização e da proteção dos dependentes químicos. § 2º A Secretaria de Direitos Humanos tem como estrutura básica o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, o Gabinete, a Secretaria-Executiva, o Departamento de Ouvidoria Nacional e até 4 (quatro) Secretarias.” (NR). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12314.htm>. Acesso em 15 abr 2018.

Autoridades Centrais, seja de maneira direta ou por intermédio das referidas autoridades competentes, o que depende do direito interno de cada país. São nove as obrigações, dentre as demais possíveis, expostas a seguir, *ipsis literis*:

Artigo 7. As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, para tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente oponham à aplicação desta.

Conforme consta no relatório explicativo²², a primeira parte do artigo estabelece uma cláusula geral de cooperação; a segunda apresenta a lista não exaustiva de obrigações a serem observadas pelas Autoridades Centrais, de modo a conferir uma natureza executiva a estas. Cumpre apontar que a Convenção foi elaborada sob a ciência de que existem diferenças entre os ordenamentos de cada Estado, razão pela qual não há qualquer menção em seu texto sobre a estrutura ou atribuições específicas de cada Autoridade. Nesse sentido, com muita perspicácia, comenta Carmen Tibúrcio:

Ainda segundo o relato de Elisa Pérez-Vera, o dever de cooperação inclui não apenas a relação entre diferentes Autoridades Centrais, mas também a interação entre a Autoridade Central e as demais autoridades competentes dentro de uma mesma jurisdição (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 145).

Por fim, vale estabelecer breves comentários sobre as obrigações mais relevantes, a começar pela solução amigável (alínea *c*), cuja possibilidade deve ser constatada pelas Autoridades Centrais de modo a evitar qualquer processo judicial ou administrativo.

²² Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Itens 88 a 90. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 15 jul 2018.

Afinal, ao evitar a judicialização dos conflitos familiares, afasta-se o desgaste emocional não apenas dos pais, mas da criança principalmente. Em relação à troca de informações sobre a situação social da criança (alínea *d*), não há o que se falar em obrigatoriedade, uma vez que a Convenção priorizou o sigilo de dados em detrimento do possível uso destes para fins diversos dos objetivos do artigo 1.

A alínea *e*, esta de grande valia, expõe que a Autoridade Central deve fornecer informações quanto à legislação aplicável em casos de retenção ou subtração ilícita, o que não inclui o dever de assessoria jurídica. Tal obrigação deve anteceder qualquer manifestação sobre os direitos de guarda e visitas.

Caso o seu respectivo direito interno permita, a Autoridade Central tem o dever de iniciar os procedimentos administrativos ou judiciais para, em primeiro plano, garantir o retorno da criança de forma direta. Por sua vez, caso isso não seja possível, valerá o disposto na segunda parte da alínea *f*, ou seja, facilitar a adequada delimitação do direito de guarda.

Sobre a alínea *g*, a assistência judiciária ou jurídica de que faz menção será garantida em casos de hipossuficiência econômica, tal como indica o relatório da Convenção em seu item 96²³.

Em suas alínea *h*, as Autoridades Centrais devem assegurar o retorno seguro da criança, quando for necessário que isso se dê pela via administrativa. Já a alínea *i* prevê o dever de informação entre as Autoridades Centrais sobre o teor da Convenção e medidas que garantam a sua aplicação efetiva, o que inclui, por exemplo a necessidade de comparecimento às comissões convocadas pelo Secretariado Permanente da Conferência de Haia e o contato das Autoridades com órgãos e institucionais nacionais ou internacionais, como a Interpol.

1.3.4. Transferência e retenção ilícitas

O artigo 3º da Convenção expõe que haverá transferência ou retenção ilícita e uma criança em duas situações: a) com a violação do direito de guarda atribuído a uma pessoa, física ou jurídica, segundo a lei do Estado em que a criança tivesse a sua residência habitual, isto é, antes da sua transferência ou da sua retenção; b) havia o efetivo exercício do

²³ Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 96. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 15 jul 2018

direito de guarda pela pessoa física ou jurídica para a qual tal direito foi atribuído ou essa pessoa deveria estar exercendo-o, caso a criança não tivesse sido subtraída.

Elisa Pérez-Vera entende que não se pode conferir qualquer reconhecimento legal à transferência ou retenção praticadas pelo genitor, existindo para tanto dois elementos aptos a conferir o aspecto de ilicitude ao ato praticado pelo agente sequestrador²⁴, a saber, o jurídico e o fático. O primeiro consiste na defesa do direito de guarda reconhecido no Estado de residência habitual da criança. A segunda diz respeito ao atual exercício dos direitos de guarda antes da transferência da criança. Esse exercício deve ser fático de maneira a garantir estabilidade psíquica, social e familiar na vida da criança²⁵. A presunção de que o titular do direito de guarda é aquele que o exerce de maneira efetiva e atual é relativa, ou seja, cabe ao genitor abductor provar a falta desse exercício.

No mesmo dispositivo também é mencionada a origem da fixação do direito de guarda, a saber: atribuição de pleno direito, isto é, a lei, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o ordenamento jurídico do Estado Contratante, podendo este ser um terceiro Estado.

Pode o direito de guarda, ainda que não formalmente reconhecido pelas autoridades dessa jurisdição, seja considerado para a aferição do artigo 3º, desde que a decisão que o reconheça esteja sendo cumprida na residência habitual do menor. Importa dizer que é exemplificativa essa lista de fontes das quais se consagrou o direito de guarda, diante de inexistir na maior parte dos casos decisões judiciais ou administrativas ou acordos celebrados entre os pais.

Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon apontam que apenas o aspecto objetivo da conduta do sequestrador será considerada, isto é, não se atentará aos motivos que o levaram a subtrair ou reter ilicitamente a criança, para fins de aplicação do artigo em comento:

Outro ponto que ainda deve ser destacado acerca da incidência da regra do artigo 3º da Convenção de Haia diz respeito à desnecessidade de identificação do elemento

²⁴ Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Itens 64 a 66. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 15 jul 2018.

²⁵ CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen; Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92.

subjetivo da conduta do genitor que remove ou retém a criança em Estado diverso daquele referente à sua residência habitual. Em outras palavras, não é preciso que o genitor que provoca a remoção ou retenção ilícita da criança tenha agido com dolo no contexto da violação ao direito de guarda do genitor abandonado. É necessário tão somente que haja a verificação objetiva de que houve violação ao direito de guarda que era exercido de modo efetivo no período anterior à remoção ou retenção ilícita. Assim, não se revela elemento, para fins de aplicação da regra do artigo 3º da Convenção, a intenção dirigida à violação do direito de guarda do outro genitor (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 94).

A importância do dispositivo reside na configuração da transferência ou retenção ilícita para surgir o então dever de retorno. Além disso, busca-se tutelar todas as formas de exercício do direito de guarda das crianças, seja compartilhada ou unilateral.

1.4. Dos sequestradores: quem são e quais são os seus motivos

Não são apenas os genitores que podem ser considerados sequestradores, podendo qualquer pessoa ser considerada como tal, desde que remova ou retenha a criança ilicitamente nos termos do artigo 3º da Convenção em contrariedade ao direito de guarda ou de visita fixados. É o que expõem Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon:

A titularidade do direito de guarda poderá ser exercida isolada ou conjuntamente **pelos genitores ou outras pessoas físicas ou mesmo por uma instituição**, conforme os termos do artigo 3º, o qual estabelece que a violação do direito de guarda ou de visita deverá ser aferida de acordo com a lei do país da residência habitual da criança. Assim, qualquer indivíduo que promova a remoção ou a retenção da criança em contrariedade ao direito de guarda ou visitação conferido pelo ordenamento do Estado contratante de sua residência habitual poderá ser considerado “abductor” para os fins da Convenção, podendo alcançar tanto os pais biológicos como os adotivos, os avós, tios, os ex-parceiros e pessoas sem qualquer vínculo social ou afetivo com a criança (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 96, grifo nosso).

É o que se verifica no recente caso de Nicolas Brann (maio de 2018), cujos avós maternos foram detidos em Miami/EUA e sob a jurisdição norte-americana foram lá julgados como culpados pela subtração internacional da criança ao Brasil.

O Grupo Permanente de Estudos da Convenção (STF) expõe a mudança no comportamento das mães que, antes eram guardiãs de seus filhos e passaram a serem as sequestradoras, no contexto atual:

Quando a Convenção foi aprovada, em 1980, a maioria dos casos de subtração dos menores era cometida pelos pais, descontentes com a atribuição da guarda à mãe. Não era incomum que eles, em represália ou em autodefesa, levassem os filhos para o exterior, onde acreditavam poder viver sossegadamente, ao lado dos seus rebentos.

O quadro hoje em dia é outro. A mãe se tornou o sujeito ativo dessa conduta e foge com o filho por motivos profissionais, familiares, violência doméstica ou até por vingança, para impedir o contato com o pai ²⁶.

Embora existam inúmeros motivos que ensejam uma pessoa a transferir ou reter uma criança clandestinamente num País, em sua Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores, o Ministério das Relações Exteriores destaca o sentimento do genitor abductor, na maior parte dos casos estrangeiro, de que se sente fragilizado ante a sua condição de não pertencer àquela nação (residência habitual do menor):

O genitor que planeja retirar a criança do país da residência habitual é quase sempre aquele que não nasceu naquele país, que lá não possui raízes, família, círculo social sólido e nem emprego estável ou satisfatório, não goza de autonomia financeira que permita o auto-sustento, não domina inteiramente o idioma do país, desconhece a legislação local e seus próprios direitos. em meio à crise familiar, deseja abandonar aquele país onde, mesmo no caso de possuir status migratório regular ou de ser naturalizado, sente-se ainda um estrangeiro, com as vulnerabilidades inerentes àquela condição. No contexto acima descrito, aquele genitor estrangeiro crê que lhe será desfavorável a decisão da justiça local em caso de disputa da guarda do filho. Acredita (com ou sem razão) que perderá a guarda ou receberá uma guarda compartilhada que não lhe permitirá retornar ao seu país de origem com a criança e lá refazer sua vida. Passa a acreditar, portanto, que a única solução para seu caso é mudar-se com a criança para outro país (normalmente seu país de origem), com ou sem a autorização do outro genitor. Essa solução configurará, contudo, subtração internacional do menor e esse genitor se tornará um genitor subtrator expondo-se às consequências jurídicas de seu ato que, nos termos da Convenção, incluem o retorno da criança ²⁷.

No Brasil, quando o acusado do rapto for estrangeiro, deve-se destacar que existe a possibilidade de sua deportação. Ocorrerá a comunicação para que o indivíduo deixe voluntariamente o País, sob pena de sua saída ser realizada por intermédio da Polícia de Imigração.

Por último neste item, para fins de elucidação do exposto no subitem 1.3.1, indaga-se sobre o aspecto criminal da conduta do agente que remove clandestinamente a criança para outro país. Afinal, conforme já dito, não se trata do crime de sequestro (artigo 148 do Código Penal), mas sim do crime de subtração de incapazes²⁸, cuja pena será de dois meses a dois de

²⁶ Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças Anotado pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal, p. 02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em 20 jul 2018.

²⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores, 2016, p. 26-27. Disponível para download em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Multiplicadores_OK.pdf>. Acesso em: 30 mar 2018.

²⁸ Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena – detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro

detenção, quando o fato não constituir outro crime. A mera condição do agente ser genitor ou tutor da vítima não o exime de pena (§ 1º). Por sua vez, a restituição do menor de dezoito anos ou a ausência de maus-tratos ou privação pode ser elemento apto a isenção de pena.

1.5. Juízes de enlace

Também conhecidos como juízes de ligação, os juízes de enlace são elementos constitutivos da Rede Internacional de Juízes de Haia, esta proposta pela primeira vez em 1998 pelo juiz da corte de apelação da Inglaterra e Gales Mathew Thorpe no Seminário para Juízes sobre Proteção Internacional de Crianças, em Ruwenberg, Países Baixos. A Rede somente foi formalmente criada na 05ª Reunião da Comissão Especial (novembro de 2006), esta realizada para facilitar a aplicação e funcionamento de Convenção.

Segundo o Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o juiz de enlace nada mais é do que um “canal de comunicação entre os seus colegas, no âmbito interno, e entre estes e outros membros da Rede, no nível internacional.” São os responsáveis pelas comunicações judiciais diretas.

Os juízes de enlace possuem duas funções. A primeira seria a de realizar troca de informações sobre o funcionamento interno do ordenamento jurídico dos países envolvidos, ou seja, dados sobre a legislação vigente, os procedimentos judiciais disponíveis e utilizados, bem como a organização dos órgãos judiciários estrangeiros. É a função mais abstrata. Por sua vez, existe a segunda função, esta referente aos casos concretos, que consiste no suprimento de informações pelo juiz competente na análise do pedido de restituição:

Essa comunicação tem como objetivo suprir a carência de informação que o juiz competente para analisar o pedido de retorno tenha sobre a situação da criança e as implicações legais que as suas decisões legais teriam no país de origem. Nesse caso, os juízes da Rede poderão ser solicitados para facilitar a efetivação das medidas que garantam o retorno seguro da criança, ou se for o caso, auxiliar no estabelecimento de medidas preventivas contra alegações de violência ou abuso.²⁹

crime. § 1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se o destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. § 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar a pena. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

²⁹ Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 34. Disponível para *download* em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

É necessária que o juiz de enlace nacional atue como intermediário entre o juiz competente e o juiz de enlace estrangeiro, ou seja, não se admite a comunicação direta entre ambos de modo a garantir a identidade dos juízes. O juiz competente para a análise do pedido de retorno fará uma solicitação de auxílio ao juízo de enlace do seu próprio país, o que geralmente ocorre por *e-mail*, com a exposição sucinta do caso em si e as informações necessárias do juiz estrangeiro para a sua apreciação. Feita tal solicitação, os juízes de ligação entrarão em contato com o seu respectivo juiz competente, providenciando o seu contato.

São exemplos de informações que podem ser objeto das comunicações judiciais diretas, que não dizem respeito ao mérito do caso em si, mas sim de questões logísticas: o agendamento de videoconferências, para fins de acordo com o país estrangeiro; a verificação das medidas de proteção disponíveis para a criança e o seu genitor no país de origem; constatar se existe a possibilidade de emissão de uma “ordem espelho” (uma mesma ordem para mais de uma jurisdição); verificar se houve alguma conclusão pelo tribunal estrangeiro de ocorrência de violência doméstica, entre outros.

O supramencionado Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 elenca as garantias da comunicação e garantias procedimentais³⁰. As primeiras consistem no respeito à lei de sua respectiva jurisdição pelo juiz de enlace, a independência do juiz envolvido na tomada de suas decisões. Já as segundas dizem respeito ao procedimento de solicitação em si e não vinculam o juiz competente, que pode seguir as regras de sua legislação de origem. Eis as garantias: a notificação das partes sobre a comunicação, salvo em casos especiais; a gravação da comunicação e a sua disponibilização às partes; a formalização das conclusões em instrumentos escritos; a presença das partes em certos atos, como a videoconferência.

Atualmente (2018), a Rede Internacional de Juízes de Haia conta com 132 juízes de 84 Estados³¹. As cortes supremas têm seguido a orientação de designar ao menos um juiz de enlace. Alguns países, como os Estados Unidos, Canadá e México designaram de três a cinco juízes para o cargo. No Brasil, dois foram os juízes de enlace designados: Mônica Sifuentes, desembargadora do TRF da 01ª Região e Jorge Antônio Maurique, desembargadores do TRF da 04ª Região, ambos indicados pela Presidência do Superior Tribunal Federal.

³⁰ Ibidem, p. 37-38.

³¹ Cf. International Hague Network of Judges. Disponível para *download* em: <<https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

1.6. Exceções ao retorno da criança

Embora seja a principal finalidade da Convenção, em seu próprio texto existem previsões legais que excepcionam o retorno da criança à sua residência habitual, isto é, o Estado Contratante requerido poderá recusar o pedido de retorno. Trata-se dos artigos 12, 13 e 20, cuja interpretação deverá ser restritiva e, por óbvio, dependerá de cada caso concreto. Aliás, em julgamento do pedido de retorno, o juiz primeiramente deverá constatar em qual Estado está fixada a residência do menor e depois analisar se existem tais exceções³²:

Artigo 12. Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Na primeira parte do artigo 12, não será considerada adaptada ao novo meio a criança que tiver sido ilicitamente transferida há menos de um ano da formulação do pedido de restituição pelo genitor abandonado. Afinal, não se pode considerar o Estado refúgio como a nova residência habitual do menor sem que tenha passado o prazo de um ano.

Por sua vez, a segunda parte apresenta uma exceção ao referido pedido em caso de comprovação da adaptação da criança ao novo Estado. Na verdade, o retorno continuará a ser a regra caso tal adaptação não tenha sido devidamente demonstrada.

Dada tal disposição, é obrigatória a análise por parte do julgador a constatação do transcurso desse lapso temporal de 01 (um) ano antes de determinar a devolução da criança e, posteriormente, deve-se verificar se essa encontra-se integrada ao novo país ou não. Afinal, não é porque decorreu tal prazo que o menor necessariamente estará integrado ao novo meio. Quanto ao termo inicial desse limite territorial, o Grupo de Pesquisas da EMARF da 02ª

³² Enunciado 45. O julgamento das causas disciplinadas pela Convenção de Haia envolve duas etapas: (i) a definição de residência habitual, para a verificação da ocorrência ou não de remoção ou retenção ilícita; e (ii) se caracterizada a remoção ou retenção ilícita, passa-se, então à análise de eventual óbice ao retorno, previsto nos artigos 12, 13 e 20. CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen.; Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 262.

Região, coordenado por Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon estabeleceu que deverá ser contado a partir da localização da criança ³³.

Nesse aspecto, Tibúrcio e Calmon entendem que tal integração requer um amadurecimento por parte da criança e adolescente, não sendo suficiente, portanto, provê-los materialmente. A questão é mais existencial do que patrimonial:

O infante de tenra idade é capaz de formar, tão somente, vínculos estritamente subjetivos e normalmente voltados, apenas, para seus genitores. O mundo de uma criança de pouca idade são seus pais. Por esse motivo, a viabilidade da exceção material da integração da criança em seu novo meio supõe que o infante já seja capaz de formar liames objetivos com o ambiente social em que se encontra – aptidão que se reconhece, somente àquele que já conte, não apenas com mais idade, mas também, com um nível de amadurecimento mínimo e de autonomia psicológica, sobretudo, em relação a seus próprios genitores, para que se possa comunicar, diretamente, com seu meio social e, assim, formar liames objetivamente firmados com a nova comunidade. Atente-se para o fato de que a prova de efetiva adaptação da criança ao novo ambiente não se satisfaz com a simples demonstração de matrícula da criança em uma boa escola; de habitação em uma moradia confortável; da contratação de babá, ou motorista, para atender o infante; de atendimento médico e hospitalar garantido por um excelente plano de saúde; ou de circunstâncias similares. (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 264).

A terceira parte do artigo expõe que no caso de existência de prova de que a criança encontra-se em outro Estado parte da Convenção, poderá o pedido ser rejeitado ou suspenso. Na verdade, o feito deve ser encaminhado para a Autoridade Central desse terceiro país com as provas eventualmente produzidas pelo Estado requerido, fornecendo maiores subsídios para decidir sobre o retorno do menor.

Artigo 13. Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno 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 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.

³³ Enunciado 30. O prazo de artigo 12 tem seu termo inicial a partir da localização da criança. CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen; Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014, p. 262.

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.

No caso do artigo 13, existe a conhecida regra do ônus da prova: a prova será incumbência de quem alega. Em relação à alínea *a* do dispositivo, verifica-se a necessidade de constatação anterior ao fato sobre qual dos genitores efetivamente exercia o direito de guarda, segundo as regras de direito interno do Estado Requerente, o então considerado “residência habitual” da criança. A obrigatoriedade de retorno também será excepcionado em caso de concordância do genitor requerente sobre a mudança de residência.

Na alínea *b* do mesmo artigo são apontadas situações contrárias ao interesse da criança. Conforme supramencionado, a interpretação dos dispositivos mencionados deve ser restritiva, ou seja, apenas casos anormais podem ser enquadrados como “risco grave”.

Pode-se afirmar que existem quatro exceções ao retorno da criança: a falta do efetivo exercício do direito de guarda pelo genitor abandonado; a existência de consentimento por parte desse; a existência de grave risco físico ou psicológico ou qualquer situação intolerável para a criança; e a recusa do menor em retornar ao Estado de sua residência habitual ³⁴.

A primeira exceção consiste num verdadeiro pressuposto lógico para a aplicação da Convenção de Haia de 1980, pois inexistindo o exercício do direito de guarda na forma dos artigos 3º e 5º do diploma, não haverá razão para se devolver o menor.

No caso de consentimento, segunda hipótese, existe a dificuldade em se provar tal aquiescência do genitor abandonado. Nesse sentido, Tibúrcio e Calmon entendem que deve-se verificar a existência ou não de autorização de viagem, isto é, o documento formal. Isto porque a partida da criança de maneira dissimulada fornece elementos para se reputar a transferência ou retenção como ilícitas ³⁵.

A terceira exceção, por sua vez, é a mais utilizada para impedir o retorno dos menores. Ressalta-se que não basta existir um risco. Deve ele ser de tamanha magnitude de modo que o julgador considere a permanência da criança a medida que melhor atenda aos interesses dessa.

³⁴ Ibidem, p. 285.

³⁵ Ibidem, p. 287.

Recorrentemente, têm sido utilizados como parâmetros de riscos graves o abuso sexual ou a violência doméstica. Já a situação intolerável envolve qualquer evento externo geralmente associado a problemas conjunturais do país requerente, o que abrange guerras, epidemias, desastres naturais, dentre outros.

A última exceção, ou seja, a recusa por parte do menor ou do adolescente em voltar para o Estado requerente exige certa maturidade em suas decisões, o que requer a análise concreta por parte do juiz do Estado requerido.

Artigo 20. O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Trata-se de um dispositivo incomum em Convenções Internacionais de Direito Privado devido ao seu conteúdo demasiadamente genérico, devendo ser verificado de acordo com a legislação interna dos Estados Contratantes. Aliás, é polêmico, razão pela qual deve ser interpretado restritivamente. Até o presente momento, apenas na Espanha, Austrália e Irlanda tal dispositivo foi aplicado.

Afirma a professora Carmen Tibúrcio que a excepcionalidade da aplicação do artigo 20 reside na necessidade de uma reciprocidade entre os Estados Membros no que diz respeito aos seus sistemas jurídicos:

Para que o sistema da Convenção funcione, os Estados Partes devem ter confiança mútua nos seus sistemas jurídicos, de forma que a aplicação do artigo 20 seja em caráter sempre excepcional. Por isso as exceções contidas no artigo 20 não têm aplicação automática a impedir o retorno da criança ilegalmente removida ou retida do local de sua residência habitual. Elas conferem à autoridade julgadora a possibilidade de, mesmo que seja constatada que a retenção ou remoção da criança foi ilegal, não seja determinado o seu retorno ao local da última residência habitual, pelas razões que elenca. (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 360)

Elisa Pérez-Véra, relatora da Convenção, ressalta no item 118 que os direitos humanos sobre os quais o artigo 20 faz menção são aqueles já reconhecidos pelo Estado requerido. Não será suficiente a mera alegação da existência de uma incompatibilidade do retorno da criança com os referidos direitos, pois deverá ocorrer uma demonstração casuística dessa vedação. Além disso, haverá uma discriminação com o Estado requerente se houver a invocação indevida dos direitos humanos e liberdades fundamentais:

[...] Quanto à substância desta disposição, são necessários apenas dois comentários. Em primeiro lugar, mesmo o seu significado literal é fortemente remanescente da terminologia utilizada em textos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, esta regra particular não se destina a desenvolvimentos que tenham ocorrido a nível internacional, mas apenas aos princípios aceites pela lei do Estado requerido, quer através do direito internacional geral e do direito dos tratados, quer através de legislação interna. Por conseguinte, para poder recusar a devolução de uma criança com base neste artigo, será necessário demonstrar que os princípios fundamentais do Estado requerido relativos ao objeto da Convenção não o permitem; não será suficiente mostrar apenas que seu retorno seria incompatível, mesmo manifestamente incompatível, com esses princípios. Em segundo lugar, tais princípios não devem ser invocados com alguma frequência, nem sua invocação deve ser mais prontamente admissível do que seriam em sua aplicação a questões puramente internas. (Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 118, tradução nossa)³⁶

Para fins de exemplificação, Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon apontam a violência doméstica como fator possivelmente apto a justificar a recusa à devolução do menor:

Caso haja prova da ofensa à ordem pública do Estado de Refúgio, não há necessidade de cooperação, pois se trata de política pública e o Estado não pode ser demandado que aja de forma diversa. O exemplo nacional é o da violência doméstica e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340): se houve violência doméstica comprovada e o Estado requerente se omitiu o Brasil não pode cooperar (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 370)

Os referidos autores³⁷ apontam que a alegação de eventual incompatibilidade das regras adotadas pelo Estado da residência habitual do menor com os princípios fundamentais do Estado do refúgio e a proteção dos direitos humanos é a *ultima ratio*. Havendo um embasamento robusto para tanto, somente nesse caso “o bem-estar da criança se sobrepõe ao reconhecimento da competência habitual.

1.7. Celeridade: o vínculo entre o tempo e a restituição do menor subtraído

O tempo repercute de maneira estrondosa sobre a Convenção de Haia. Afinal, o que se busca é a restituição de crianças ao seu antigo núcleo afetivo e social. O que se considera é

³⁶ [...] *As for the substance of this provision, two comments only are required. Firstly, even its literal meaning is strongly reminiscent of the terminology used in international texts concerning the protection of human rights, this particular rule is not directed at developments which have occurred on the international level, but is concerned only with the principles accepted by the law of the requested State, either through general international law and treaty law, or through internal legislation. Consequently, so as to be able to refuse to return a child on the basis of this article, it will be necessary to show that the fundamental principles of the requested State concerning the subject-matter of the Convention do not permit it; it will not be sufficient to show merely that its return would be incompatible, even manifestly incompatible, with these principles. Secondly, such principles must not be invoked any frequently, nor must their invocation be more readily admissible than they would be in their application to purely internal matters.*

³⁷ CALMON e TIBÚRCIO, Op. cit., p. 371.

que a criança cresce e se desenvolve, o que demanda a presença do genitor abandonado. Trata-se de uma questão muito mais psicológica do que jurídica sob essa óptica. Conscientes desse vínculo entre pais e filhos, os Estados Contratantes e, principalmente, as suas respectivas Autoridades Centrais procuram o retorno imediato da criança.

Conforme se depreende do Guia de Boas Práticas de Implementação de Medidas (em inglês, *Guide to good practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Abduction. Part II – Implementing Measures*)³⁸, a celeridade é essencial para a efetivação da Convenção de Haia. Aliás, as medidas de urgência (art. 2º), necessárias para a concretização do retorno da criança ao *status quo ante* requer um procedimento sumário por meio da aplicação de *fast track procedures*:

Além disso, o artigo 2 da Convenção, que impõe aos Estados Contratantes a obrigação geral de “adotar todas as medidas apropriadas para garantir em seus territórios a implementação dos objetivos da Convenção”, requer a consideração de quais devem ser essas medidas. O Artigo 2 estabelece ainda que os Estados Contratantes “usarão os procedimentos mais expeditivos disponíveis”. Para este fim, a experiência demonstrou que medidas especiais de implementação, tais como a concentração de casos de retorno dentro de um número limitado de tribunais ou a aplicação de procedimentos céleres, pode ser vital para o bom funcionamento da Convenção.³⁹

Dessa forma, não é surpresa o artigo 11 da Convenção⁴⁰ estabelecer o prazo de 06 (seis) semanas contados da formulação do pedido para que as autoridades administrativas ou judiciais dos Estados Contratantes tomem decisões acerca da adoção de medidas de urgência. Caso o referido lapso temporal não seja atendido, poderá o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido solicitar a justificativa de eventual demora.

No mesmo sentido, houve a fixação do limite temporal de 01 (um) ano entre a transferência ou retenção ilícita e o pedido de retorno da criança a ser observado pelo juiz em suas deliberações, nos termos do artigo 12 convencional. Afinal, a depender do tempo em que o pedido de restituição foi formulado, haverá diferença quanto a urgência no processamento

³⁸ Guia de Boas Práticas de Implementação de Medidas, p. 23-24. Disponível para *download* em: <https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf>. Acesso em: 20 abr 2018.

³⁹ *Also Article 2 of the Convention, which imposes the general obligation on the Contracting States to “take all appropriate measures to secure within their territories the implementation of the objects of the Convention,” requires consideration of what those measures should be. Article 2 further provides that Contracting States “shall use the most expeditious procedures available.” To this end, experience has shown that special implementing measures, such as the concentration of “Hague” return cases within a limited number of courts or the application of fast-track procedures, may be vital for the successful operation of the Convention.*

⁴⁰ Cf. ANEXO – Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

do requerimento. Em outras palavras, caso a abdução tenha ocorrido há menos de um ano do início do procedimento perante a autoridade administrativa do Estado Contratante, haverá maior urgência. Afinal, não transcorreu tempo suficiente para que a criança se adaptasse ao novo meio. Caso tenha decorrido mais de um ano, o subtrator terá o direito de provar a integração do menor à nova residência.

Em comentário sobre o relatório explicativo de Elisa Pérez-Vera a professora Carmen Tibúrcio indica que não há menção expressa sobre a forma pela qual a prova de nova adaptação deva ser produzida, cabendo esse ônus, por óbvio, ao genitor abductor:

A articulista lembra que, na hipótese do § 2º do artigo 12, a Convenção abre oportunidade para procedimentos mais longos do que aqueles disciplinados pela norma do § 1º, dada a necessidade de produção da prova de eventual adaptação da criança ao novo meio – conclusão reforçada, na visão da articulista, pela ausência do adjetivo “imediato” para qualificar o retorno também previsto por essa norma (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 245)

Luciana Tavares de Menezes, advogada da União, menciona o quanto o princípio da celeridade é relevante para a Convenção:

A necessidade de atuação célere está imprimida de forma inequívoca em diversos dispositivos da Convenção, precisamente ao estabelecer que a Autoridade Central deve transmitir o pedido de retorno da criança “diretamente sem demora”(art. 9º); que as autoridades administrativas e judiciais deverão adotar “medidas de urgência com vistas ao retorno da criança”, conferindo-lhes o prazo de 6 semanas para decisão, após o qual poderá ser solicitada declaração sobre as razões da demora (art. 11); que até 1 ano da remoção ou retenção ilícita da criança, a autoridade deverá determinar o retorno imediato, não cabendo avaliar a integração da criança ao novo local (art. 12); e que as autoridades poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões do Estado solicitante, sem procedimentos para comprovação ou validação específica (art. 14)⁴¹.

Segundo Nádía de Araújo, existe um aspecto contraditório quanto a celeridade tão almejada pelos aplicadores da Convenção, uma vez que existe a necessidade de apreciação de provas por parte do juiz de modo a constatar se a subtração da criança ocorreu de forma ilícita, bem como a verificação da existência de eventuais exceções à devolução da criança, estas analisadas no item 1.4:

⁴¹ MENEZES, Luciana Tavares de. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças: a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor. *In* Publicações da Escola da AGU, v.8, n.4, 2016, p. 378. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1428/0>>. Acesso em 10 out. 2018.

Para sua aplicação, a Convenção estabeleceu um procedimento especial, uma verdadeira ação, que deve ser seguida cuidadosamente, pois envolve inúmeras questões de prova, tanto no que concerne o retorno, quanto no que concerne a existência de motivos válidos para o seu indeferimento (ARAÚJO, .2018, p. 346).

A celeridade é crucial para evitar a legalização de uma situação fática em que uma criança foi indevidamente retirada de um dos seus pais. Com o passar do tempo, maior a chance de adaptação da criança ao novo meio, conforme o artigo 12 mencionado adiante e menores são as chances do seu retorno à residência habitual.

Nessa linha de pensamento, disserta a desembargadora Mônica Sifuentes⁴²:

O fato de um dos genitores sair do país onde se estabeleceu a união e fugir para local diverso do seu país de residência, com os filhos, sem o consentimento do outro, é revelador de situação-limite, um conflito potencial ou já instaurado. A demora no retorno da criança ao local de origem acaba por beneficiar o autor da subtração, pois dificulta ou, em alguns casos, torna mesmo irreversível a reconstrução dos laços familiares rompidos com o afastamento. O tempo consolida a adaptação da criança ao novo meio, que nem sempre atende ao seu melhor interesse.

Além disso, muitas das crianças são mantidas de maneira clandestina com o genitor subtrator, o que pode levar a um cenário de privação de atividades essenciais, como a escola, ou de serviços essenciais, como a saúde. Tudo isso para evitar a sua identificação pelos agentes responsáveis pela aplicação da Convenção de Haia, isto é, as Autoridades Centrais.

1.8. Pressupostos de admissibilidade para fins de aplicação da Convenção de Haia de 1980

Em seu artigo 4º, a Convenção de Haia limita a sua aplicação aos menores de dezesseis anos, ora com a residência habitual em território de Estado-Contratante no período imediatamente anterior da violação do direito de guarda ou de visita, estes analisados no segundo capítulo (item 2.3):

Artigo 4º. A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

⁴² SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição X Direito de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 59, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em 12 out. 2018.

Pode-se dizer que a Autoridade Central do Estado requerido deve verificar a existência de quatro pressupostos de admissibilidade:

- a) o Estado requisitado deve ser signatário da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, para fins de cooperação jurídica internacional. Importante dizer que em caso de adesão posterior por qualquer Estado, será aplicado o teor do artigo 38⁴³ do texto convencional.
- b) o menor deve ter tido necessariamente a sua residência habitual no Estado requerente, imediatamente antes da retenção ou transferência ilícita para outro país, conforme preceitua o terceiro artigo convencional. Deve ser utilizado não apenas o conceito ainda que vago da Convenção de residência habitual, bem como as fontes de direito interno do Estado requerido. E ainda, conforme Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980 da Justiça Federal⁴⁴ (p. 43), a residência habitual deve necessariamente estar fixada em País distinto do Estado de refúgio;
- c) com a transferência ou retenção ilícitas, deve-se verificar se houve a consequente ofensa ao direito de guarda ou de visita àquele que pleiteia o retorno do menor. Nesse caso, deverá ser confirmada a titularidade destes direitos pelo requerente.
- d) sob tal lógica, poderá fazer o pedido de restituição a pessoa, órgão ou instituição que exercia o direito de guarda no início da transferência, nos termos da primeira parte do artigo 5 da Convenção.
- e) o menor deve contar com menos de 16 (dezesseis) anos de idade até pelo menos a conclusão do procedimento administrativo ou processo judicial.

Sobre o requisito relativo à idade do menor, o STJ já se manifestou em REsp 1214408/RJ, cuja ementa segue transcrita. Louvável o posicionamento da Primeira Turma, pois no caso concreto havia os interesses de não apenas um menor, mas de dois, sendo que ambos são irmãos. Ocorre que o primogênito já completado os seus dezesseis anos, razão pela

⁴³ Cf. ANEXO – Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

⁴⁴ Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 43. Disponível para *download* em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

qual não lhe fora aplicado o teor da Convenção. Entretanto, em relação ao irmão mais novo, este prestes a fazer treze anos, teve o seu destino fixado no sentido de permanecer no País com a sua genitora, considerando os a sua manifestação contrária ao seu retorno para a Argentina, local em que seu pai residia. Por sua vez, incabível a hipótese de separação dos irmãos, o STJ decidiu pela permanência de ambos em território brasileiro:

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DOIS IRMÃOS MENORES ALEGADAMENTE RETIDOS DE MODO INDEVIDO PELA MÃE NO BRASIL. **PRIMOGENITO QUE JÁ COMPLETOU 16 ANOS. NÃO INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO.** MANIFESTAÇÃO DO MENOR QUE CONTESTA SEU RETORNO PARA O DOMICÍLIO ESTRANGEIRO PATERNO. OPINIÃO DEVIDAMENTE CONSIDERADA NOS TERMOS DOS ARTS. 13 E 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. **MANUTENÇÃO DOS MENORES NO BRASIL.** RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Ainda que comprovada a conduta da genitora em reter indevidamente seus dois filhos menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Argentina, onde residia o pai das crianças (circunstância rejeitada pelo acórdão recorrido), mesmo assim e em situações excepcionálissimas, nos termos da Convenção de Haia e no propósito de preservar o superior interesse dos menores, possível será o indeferimento do pedido de imediato retorno dos infantes. 2. No caso concreto, tal como avaliado pela Corte regional de origem, com base em idôneo acervo probatório, os menores já se encontravam adaptados ao novo meio, contexto confirmado, posteriormente, em audiência de tentativa conciliatória realizada nesse STJ, ocasião em que os infantes manifestaram o desejo de não regressar para o domicílio estrangeiro paterno. Filho mais velho que, tendo completado 16 anos, não mais se submete à Convenção de Haia, nos termos de seu art. 4º.3. Nos termos do art. 13 da Convenção de Haia e do art. 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, deve-se levar em conta a manifestação da criança que revele maturidade capaz de compreender a controvérsia resultante da desinteligência de seus pais sobre questões de seu interesse. 4. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido. Recurso especial da União conhecido e desprovido (STJ – Resp: 1214408 RJ 2010/0168011-0, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 23062015, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2015, grifo nosso).

Conforme apontado no item 1.3.1, pouco importa a nacionalidade das pessoas envolvidas, o que inclui o menor subtraído. Pode a criança, inclusive, ter nascido em país não signatário da Convenção, mas preenchendo os pressupostos do artigo 4º, terá os seus direitos por ela tutelados. É o que menciona em Apelação Civil 2009.51.01.018442-0, o então relator Fernando Marques com o seguinte excerto de ementa:

PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE “ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS”. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR. RECURSO DE TERCEIROS PREJUDICADOS NÃO RECEBIDO. INEXISTÊNCIA DE LTISPENDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO E LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DA UNIÃO FEDERAL. IMPROPRIEDADE DA ANÁLISE DE ALEGAÇÕES DA SENTENÇA, POR OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE

DEFESA E IMPRESTABILIDADE DO LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO ACERCA DO DIREITO DE GUARDA. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO ILÍCITA. EXCEÇÕES NÃO CONFIGURADAS. [...] Não há falar em inconstitucionalidade na atuação da União Federal, pois, para o exame de aplicabilidade dos preceitos contidos na Convenção de Haia de 1980, afigura-se irrelevante a nacionalidade da criança, porquanto a sistemática adotada é no sentido de possibilitar o seu retorno ao Estado de sua residência habitual, certo que entendimento diverso frustraria a aplicabilidade interna do mencionado Tratado, na medida em que estaria criado óbice intransponível para a solução de problemas envolvendo crianças indevidamente transferidas ou retidas em território nacional, contrariando-se a própria gênese da Convenção [...] (Apelação Civil 2009.51.01.18422-0 TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, Data de Julgamento: 16/12/2009, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO MARQUES).

Elisa Pérez-Vera expôs nos itens 77 e 78 do *Explanatory Report*, o motivo pelo qual existem tais pressupostos, a saber, evitar o problema de não aplicação da Convenção quando o menor escolher a sua residência, haja vista a existência de, no mínimo, três legislações distintas: a lei da nacionalidade da criança, a Lei do país da residência habitual anterior ao sequestro e a lei do Estado em que o menor atualmente se encontra. Além disso, pelo texto convencional, os maiores de 16 anos devem ter a sua vontade observada tanto pelos seus pais, quanto pela autoridade competente:

77 O limite de idade para a aplicação da Convenção levanta duas questões importantes. Em primeiro lugar, a questão da idade, no sentido estrito, não deu origem a praticamente nenhuma disputa. A Convenção manteve a idade aos dezesseis anos e, portanto, adotou um conceito de "criança" que é mais restritivo do que o aceito por outras Convenções de Haia. A razão disso deriva dos próprios objetivos da Convenção; na verdade, uma pessoa com mais de dezesseis anos de idade geralmente tem um min do que não pode ser facilmente ignorado por um ou ambos os seus pais, ou por uma autoridade judicial ou administrativa [...]

78 O segundo problema trata da situação de crianças menores de dezesseis anos que têm o direito de escolher seu próprio local de residência. Considerando que esse direito de escolher a residência geralmente faz parte do direito à custódia, foi apresentada uma proposta de que a Convenção não deveria ser aplicada nesses casos. No entanto, esta proposta foi rejeitada por vários motivos, inter alia o seguinte: (1) a dificuldade de escolher o sistema legal que deve determinar se tal possibilidade existe, uma vez que existem pelo menos três leis diferentes que poderiam ser aplicáveis, a saber, nacional lei, a lei de residência habitual anterior à remoção da criança e a lei do Estado de refúgio; (2) a restrição excessiva que esta proposta colocaria no âmbito da Convenção, particularmente no que diz respeito aos direitos de acesso; (3) o fato de que a vontade de decidir o local de residência de uma criança é apenas um elemento possível do direito à custódia que não a priva de todo o conteúdo [...]. (Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Itens 77 e 78, tradução nossa)⁴⁵

⁴⁵ 77 The age limit for application of the Convention raises two important questions. Firstly, the matter of age in the strict sense gave rise to virtually no dispute. The Convention kept the age at sixteen, and therefore held to a concept of 'the child' which is more restrictive than that accepted by other Hague Conventions. The reason for this derives from the objects of the Convention themselves; indeed, a person of more than sixteen years of age generally has a mind of his own which cannot easily be ignored either by one or both of his parents, or by a judicial or administrative authority. [...]

Realizada nesta primeira parte uma breve análise sobre os artigos norteadores na aplicação da Convenção de Haia de 1980, passa-se ao estudo sobre tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

78 The second problem deals with the situation of children under sixteen years of age who have the right to choose their own place of residence. Considering that this right to choose one's residence generally forms part of the right to custody, a proposal was put forward to the effect that the Convention should not apply in such cases. However, this proposal was rejected on various grounds, inter alia the following: (1) the difficulty of choosing the legal system which should determine whether such a possibility exists, since there are at least three different laws which could be applicable, namely, national law, the law of habitual residence prior to the child's removal, and the law of the State of refuge; (2) the excessive restriction which this proposal would place upon the scope of the Convention, particularly with regard to access rights; (3) the fact that the right to decide a child's place of residence is only one possible element of the right to custody which does not itself deprive it of all content [...].

2. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O processo de incorporação dos tratados à ordem jurídica nacional

Em relação ao termo “tratado”, não existe uma delimitação muito precisa quanto a sua utilização, haja vista serem amplamente empregados para denominar outros instrumentos do Direito Internacional, ou seja, convenções, acordos, pactos, entre outros. Afinal, a Convenção nada mais é do que um tratado multilateral. Ainda assim, o conceito de tratado mais comum na doutrina é aquela do artigo 2º, primeira parte, alínea “a” da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados de 1969, incorporado ao Estado Brasileiro através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009⁴⁶:

“Art. 2º. 1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; [...]”

Para serem válidos, necessitam da capacidade das partes contratantes, a formalização de um mútuo consentimento entre os Estados contratantes, a habilitação dos agentes signatários e a existência de um objeto lícito e possível. Não se pode olvidar da obrigatoriedade imposta pelos tratados, haja vista o princípio da *pacta sunt servanda*, devendo o seu conteúdo ser observado e respeitado pela comunidade internacional.

Nádia de Araújo⁴⁷ aponta as fases para que um tratado seja incorporado à ordem interna brasileira, a saber: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Em suma, a internalização dos tratados tem o seguinte itinerário:

- a) Negociação e assinatura: deve-se ressaltar que, nos termos do artigo 84, incisos VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, são atos privativos do Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, manter relações com Estados Estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a

⁴⁶ Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.

⁴⁷ ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. 7 ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 127.

referendo do Congresso Nacional. Como chefe de Estado, pode o Presidente da República nomear um representante brasileiro munido de carta de plenos poderes (plenipotenciários) para assinar o instrumento em seu nome. Também cabe ao Presidente determinar a conveniência da assinatura do tratado, bem como a sua remessa ao Poder Legislativo.

Após a assinatura, deve ser o ato apreciado pelo Congresso Nacional, de sua competência exclusiva, nos termos do artigo 49, inciso I, da CF/88, o que é feito pela maioria dos presentes, tal como expõe o artigo 47, do mesmo diploma constitucional. Cumpre ressaltar que ambas as Casas votam separadamente e que não cabe qualquer tipo de alteração no texto original. O ato de aprovação pelo Congresso Nacional é a publicação de um Decreto Legislativo.

- b) Ratificação: ato privativo e discricionário do Presidente da República, que consiste na confirmação do vínculo do Estado à matéria do tratado. Nos exatos termos de Nádya de Araújo⁴⁸, “é a manifestação do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado”. Para Jacob Dolinger⁴⁹, quando o tratado for bilateral, a ratificação é feita por troca de notas, não cabendo reservas; quando multilateral, o ato se dará mediante depósito do instrumento de ratificação, podendo ocorrer aposição de reservas com a devida ciência aos demais Estados Partes. Com o depósito de um determinado número de instrumentos de ratificação, ocorrerá a entrada em vigor do tratado no plano internacional. Cumpre ressaltar que possui o mesmo efeito da ratificação, o ato de adesão, por meio do qual o Brasil passa a fazer parte de um tratado do qual não participou originalmente. Especificamente em relação à reserva, declaração unilateral expressa pelo Estado Parte com finalidade de modificação de efeitos jurídicos de algum dispositivo do tratado, o Estado Brasileiro a realizou quanto ao artigo 24 do texto convencional. Afinal, considerando que o idioma oficial do País, os pedidos, comunicações e pedidos provenientes de Estado estrangeiro a serem juntados aos autos deverão ser acompanhados da sua respectiva tradução em português, feita por tradutor juramentado oficial.

⁴⁸ Ibidem, p. 127.

⁴⁹ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. Direito Internacional Privado: Parte Geral e Processo Internacional. 12ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 59.

- c) Promulgação e publicação: atos que aperfeiçoam os efeitos do instrumento internacional no plano nacional, ou seja, entre a ratificação e a promulgação, só há produção de efeitos no cenário internacional. A promulgação é realizada por meio de um decreto, este com o texto integral do acordo. A publicação do decreto, por sua vez, indica a data de início da vigência do tratado no plano interno. No caso da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, a promulgação ocorreu pelo Decreto nº 3.413/2000, com publicação em 17 de abril de 2000.
- d) Registro: em observância ao artigo 80 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e artigo 102 da Carta da ONU, o registro viabiliza o Estado que participou da celebração do tratado invocar junto à Organização eventuais benefícios do pacto.

Cumprindo observar que, em se tratando de direitos humanos, o documento internalizado a partir da Emenda Constitucional 45/2004 receberá um *status* diferenciado, conforme prevê o § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Com a aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo *quórum* qualificado de três quintos dos respectivos membros ostentará o tratado equivalência hierárquica às emendas constitucionais. Para os tratados aprovados antes da Emenda, tal como a Convenção em análise (promulgação em 2000), materialmente constitucionais por força do § 2º do mesmo artigo, estes teriam a mesma hierarquia de uma lei ordinária ou, segundo Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP⁵⁰, seria uma *norma supralegal*, abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis.

Sobre o status supralegal da Convenção de Haia de 1980, reconhecida como instrumento normativo internacional de direitos humanos, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou em Embargo de Divergência em REsp nº 1.458.218/RJ o reforço ao caráter protetivo à criança que emana da Convenção em razão de sua respectiva posição no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] Ainda em relação à mencionada Convenção, é relevante destacar a posição hierárquico-normativa por ela ocupada no âmbito do Direito brasileiro, posição que

⁵⁰ STF – RE: 466434 SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

afasta a procedência de qualquer impedimento de ordem formal que possa esvaziar de eficácia a finalidade protetiva de referida norma convencional. [...] ⁵¹

Por fim, a denúncia, forma de revogação do tratado, produz efeitos geralmente após um ano. É um ato unilateral que formaliza a desvinculação de um Estado das obrigações advindas do instrumento sem, contudo, prejudicar os demais Estados-partes, quando multilateral. Por sua vez, a denúncia em um tratado bilateral acarreta a sua extinção. Entretanto, existe o problema da ausência de qualquer previsão constitucional acerca do procedimento interno da denúncia. Conforme a doutrina clássica, a denúncia constitui ato exclusivo do Presidente da República, o que prescinde da manifestação do Poder Legislativo. Tal entendimento não é pacífico, pois há posicionamento no sentido de que o Poder Legislativo se faz necessário para aprovação do tratado, razão pela qual a sua participação também é plausível na denúncia.

2.2. Cooperação jurídica internacional: o Estado brasileiro diante do sequestro internacional de menores

Diante de um contexto em que a globalização permite o fluxo de pessoas e bens cada vez mais intenso, a cooperação jurídica internacional é medida que se impõe. Afinal, qualquer ser humano, sujeito de direitos e deveres, não pode deixar de ter acesso a Justiça, independentemente do país em que se encontre. Dessa forma, é necessária a consolidação de uma base jurídica sólida por meio da celebração de tratados internacionais para fins de auxílio recíproco entre Estados, de modo a garantir o devido amparo jurisdicional aos indivíduos, especialmente, aqueles em situação de vulnerabilidade.

De maneira didática, Nádia de Araújo expõe o conceito de Cooperação Jurídica Internacional ⁵²:

Significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro.

⁵¹ STJ – ERESP: 1458218 RJ 2014/0127557-7, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 13/12/2017, Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574259419/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1458218-rj-2014-012755>>. Acesso em 13 jul. 2018.

⁵² ARAÚJO, Op.cit., p. 218.

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a cooperação jurídica encontra respaldo no artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as relações internacionais do País serão regidas pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. O embasamento legal também está consagrado no Código Processual Civil de 2015, em seu capítulo II (Da Cooperação Internacional), cujo primeiro dispositivo (artigo 26) apresenta as seguintes regras:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se a assistência judiciária aos necessitados;

III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

IV – a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;

V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

§ 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

§ 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.

§ 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou produzam efeitos incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

§ 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Além disso, tal auxílio interfronteiras pode ser ativo (quando o País é o requerente da prática de algum ato sob a jurisdição estrangeira) ou passivo (quando é realizado um requerimento por parte do Estado estrangeiro ao Brasil, para fins da prática de um determinado ato dentro do território pátrio).

Tradicionalmente, as modalidades de cooperação jurídica internacional consistem no cumprimento de cartas rogatórias e na homologação de sentenças. De maneira sucinta, Nádya de Araújo explica a finalidade desses mecanismos:

As cartas rogatórias destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação e cientificação, denominados ordinatórios; de coleta de prova, chamados instrutórios; e ainda os que contêm medidas de caráter restritivo, chamados executórios. Muitas vezes, as cartas rogatórias são utilizadas impropriamente para informação sobre o direito estrangeiro. O STF dava cumprimento a inúmeras rogatórias cujo pedido era apenas um esclarecimento sobre algum aspecto do direito brasileiro. O STJ tem andando (sic) na mesma direção. O pedido de homologação de sentença estrangeira, por sua vez, serve para o reconhecimento e a execução, no Brasil de provimento jurisdicional de autoridade estrangeira (ARAÚJO, 2018, p. 224).

O mais recente tipo de cooperação jurídica internacional incorporada ao direito brasileiro é o auxílio direto, sendo este utilizado pelo Estado brasileiro, quando aplicada a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Dessa forma, o magistrado brasileiro poderá decidir se houve ou não a configuração da transferência ou retenção ilícita, nos moldes do terceiro artigo convencional. Em outras palavras, o juiz nacional terá amplo conhecimento sobre a matéria envolvida no pedido de cooperação.

Sobre o auxílio direto, disserta Jacob Dollinger de modo comparativo à outra modalidade de cooperação, as cartas rogatórias:

[...] Por meio do auxílio direto, permite-se que a autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no País, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias (CPC/2015, art. 29). A principal diferença entre os institutos é o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido. Enquanto cartas rogatórias têm como fundamento decisão de autoridade estrangeira proferida de acordo com as suas próprias leis, o pedido de auxílio direto não se fundamenta em uma decisão prévia, havendo a necessidade de que autoridade brasileira competente, judicial ou não (CPC/2015, art. 32), decida de acordo com as leis brasileiras, sobre a viabilidade da diligência (CPC/2015, art. 28). Ou seja, as comissões rogatórias se submetem tão somente ao juízo de delibação da decisão estrangeira; diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido (DOLLINGER e TIBÚRCIO, 2016, p. 619).

A cooperação deve ser eficaz e concreta, haja vista estarem em jogo não apenas os interesses da criança raptada, como também do genitor que teve o seu filho subtraído clandestinamente, o que causa tamanho desgaste emocional para ambos, como menciona Carolina Helena Mérida:

Não há nada mais terrível para um pai ou mãe do que ter um filho sequestrado, e não há maior traição do que quando este rapto é cometido por um dos genitores. Sequestros internacionais criam stress e limitações para os pais que procuram o regresso dos seus filhos, incluindo os encargos financeiros de viajar por outro país em busca de justiça. Embora a Convenção de Haia ofereça proteção para os pais que procuram o regresso de seus filhos sequestrados, a eficácia para aplicá-la, nos termos do tratado, é totalmente dependente da vontade do país onde ela se encontra.⁵³

Conforme mencionado no item 1.5 (“Juízes de enlace”), os juízes de ligação têm exercido grande influência sobre o trâmite dos processos, antes estagnados, quando a Convenção almeja o oposto, a celeridade. Mônica Sifuentes, juíza de enlace desde novembro de 2006, menciona que a sua atuação com o outro juiz, Jorge Antônio Maurique, foi dividida

⁵³ Cf. MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro interparental: princípio da residência habitual. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011, p. 259. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1544>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

segundo um critério regional: a desembargadora do TRF da 01ª Região ficou incumbida de auxiliar os juízes do Distrito Federal e dos estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima, Tocantins, São Paulo e Mato Grosso do Sul; já o desembargador do TRF da 04ª Região é responsável pelos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Segundo a magistrada, existem três objetivos a serem alcançados por meio do contato entre os juízes de ligação e o juiz que analisará o caso, em especial no Brasil:

- a) verificar o estado atual do processo e as providências que estão sendo tomadas. Essa medida tem se revelado importante porque, em razão desses casos tramitarem sob sigilo de justiça, muitas vezes a Autoridade Central brasileira fica sem ter acesso ao processo judicial, e, portanto, sem informações básicas (naturalmente, desde que não sejam sigilosas), para fornecer para os parentes do menor subtraído ou para a Autoridade Central requisitante;
- b) colocar-se à disposição do juiz do caso para qualquer dúvida ou esclarecimento doutrinário que ele possa ter a respeito da Convenção, indicando bibliografia ou remetendo cópia de decisões já proferidas. O objetivo é prestar esclarecimentos sobre o cumprimento da convenção, as normas de regência, auxiliando os juízes na busca de precedentes judiciais e informações que possam ser úteis ao processo decisório.
- c) ressaltar a importância da celeridade no julgamento, para cumprir os objetivos da Convenção.⁵⁴

Ocorre que, ainda assim, a atuação do País deixou a desejar em comparação aos demais Estados-parte, ante a sua demora nos procedimentos em detrimento da celeridade exigida pela própria Convenção, haja vista a criança encontrar-se em situação de vulnerabilidade. Afinal, o processo de internalização foi demasiadamente lento: apenas 20 anos depois entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 3.413/2000. É o que entende Mônica Sifuentes que, inclusive, aponta as causas da morosidade do Estado Brasileiro:

O Brasil, desde a sua adesão, tem recebido muitas críticas da comunidade internacional no tocante ao cumprimento da Convenção. As maiores reclamações, inclusive por parte da própria Autoridade Central brasileira, referem-se à demora do procedimento judicial, o que, em geral, deve-se a três principais fatores: 1) Os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos Estados, e a Justiça Federal; 2) Desconhecimento por parte dos juízes e dos demais operadores do Direito sobre o conteúdo da Convenção de 1980; 3) Ausência de previsão, na legislação interna, de

⁵⁴ Cf. SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009, p. 142. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestrointerparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-de-haia-de-1980>>. Acesso em 20 set. 2018.

um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção.⁵⁵

Quanto aos conflitos de jurisdição entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal, os comentários foram tecidos no terceiro capítulo deste trabalho. Em relação ao desconhecimento do teor da Convenção por parte dos juízes e dos demais operadores do Direito, Sifuentes⁵⁶ complementa que tal panorama decorre “não apenas dos pedidos formulados incorretamente, seja à Autoridade Central seja ao juiz, como também da errônea escolha dos passos processuais”.

Sobre a ausência de previsão de um procedimento específico no ordenamento jurídico pátrio, a desembargadora entende que a mera busca e apreensão, medida atualmente adotada, não atende às peculiaridades da Convenção:

Os interesses tutelados pela convenção, por dizerem respeito a menores, exigem cuidados especiais e atenção por parte dos juízes e do Ministério Público. O rito processual que tem sido utilizado no âmbito da Justiça Federal, nesses casos, é o procedimento cautelar de busca e apreensão. No entanto, esse procedimento geralmente se refere a disputas sobre bens e não pessoas, de modo que, embora seja considerado célere, não atende às peculiaridades dos casos de sequestro internacional de crianças.

Diante das duras críticas dirigidas ao País, foi instituído em agosto de 2006 pela Ministra Ellen Gracie Northfleet, a então Presidente da Supremo Tribunal Federal, o Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção de Haia de 1980 tem a louvável finalidade de facilitar a divulgação do tema entre os membros da comunidade jurídica, bem como visa fomentar a realização de estudos e discussões em âmbito interno e internacional de modo a fornecer subsídios para uma adequada aplicação e interpretação da Convenção.

Atualmente, o Grupo é composto por membros da Justiça Federal, Autoridade Central, Ministério das Relações Exteriores, Advocacia-Geral da União e Ministério Público Federal.

⁵⁵ SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição X Direito de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. In Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011, p.59 Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em 15 set. 2018.

⁵⁶ Cf. SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. In Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009, p. 139. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-e-publicacoes/sequestrointerparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-de-haia-de-1980>>. Acesso em 20 set. 2018.

Inclusive, Mônica Sifuentes apresentou algumas sugestões de medidas a serem adotadas pelas autoridades e órgãos envolvidos de modo a conferir maior rapidez aos procedimentos:

- a) criação de classes processuais específicas sobre o sequestro internacional de crianças, no sistema informatizado da Justiça Federal, facilitando o controle da tramitação de todos os processos que ali ingressarem. Atualmente, sem essa classe específica, os processos de Haia são classificados genericamente como busca e apreensão – o que envolve outros processos cíveis, com objetivos diferentes, como por exemplo, busca e apreensão de documentos e de bens, em regra utilizados apenas para garantir a realização da prova processual ou a execução.
- b) criação de banco de dados nacional, de modo a tornar possível identificar todas as ações que estiverem tramitando tanto na Justiça Estadual como na Federal. Esse procedimento possibilitará à Autoridade Central brasileira, ao receber um pedido de cooperação internacional com base na Convenção de 1980, imediatamente verificar a existência de eventual ação de guarda do menor em curso na Justiça Estadual. Permitirá ainda aos juízes, tanto federais como estaduais, ficarem informados sobre a ocorrência de ação paralela, na outra jurisdição, e assim tomar as medidas que lhes forem adequadas.
- c) elaboração de projeto de lei que disciplina a aplicação da convenção, inclusive com regulamentação do procedimento judicial.⁵⁷

Cumprе ressaltar que, na qualidade de signatário, o Estado Brasileiro tem obrigações perante o cenário mundial. O eventual desrespeito aos direitos das crianças pode acarretar a responsabilização do Brasil por violação aos direitos humanos.

2.3. Direito de guarda e visita: uma breve análise comparativa entre a Convenção de Haia de 1980 e o Código Civil de 2002

Importantes alicerces, mas ao mesmo tempo obstáculos para a aplicação da Convenção de Haia de 1980, o direito de guarda e o direito de visita são essenciais para garantir o bem-estar e pleno desenvolvimento do menor em seu núcleo familiar.

No Brasil, todavia, deve-se considerar que tais institutos são tratados de maneira distinta, seja pelo Código Civil de 2002, seja pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), razão pela qual deve-se fazer uma análise comparativa.

Primeiramente, deve-se conceituar o chamado Poder Familiar. Trata-se da decorrência da filiação, consistente do conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos

⁵⁷ Ibidem, p. 142-143.

menores. Flávio Tartuce menciona que o seu exercício deve ocorrer “dentro da ideia de uma família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”⁵⁸. A tal poder estarão sujeitos os filhos menores, ou seja, até os dezoito anos, nos termos do artigo 1.630, do Código Civil Brasileiro de 2002.

O poder familiar compete não somente à mãe ou ao pai, mas a ambos. É o que se depreende do artigo 1631, do diploma civil:

Artigo. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.
Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

O exercício conjunto do Poder Familiar também foi consagrado no artigo 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.

De suma importância, o exercício de maneira eficaz do poder familiar, também conhecido como autoridade familiar, permitirá o desenvolvimento de um futuro integrante de uma sociedade apto a exercer os seus direitos. É o que expõe a Prof^ª. Dr^ª. Ana Carolina Brochado Teixeira:

Um dos instrumentos para zelar pelo bem-estar dos filhos é a autoridade parental, exercida por meio do processo educacional, de modo a conduzir a criança e o adolescente ao alcance da autonomia, mediante aquisição de discernimento, condição essencial para o exercício responsável de seus direitos fundamentais, de modo a lhes possibilitar o gozo de suas liberdades existenciais [...].⁵⁹

Em caso de rompimento do vínculo conjugal, cenário consistente no cerne da Convenção de 1980, não haverá qualquer interferência no poder familiar. Aponta Maria Berenice Dias que o relacionamento entre os pais como casal não se confunde com o núcleo familiar, uma vez que “(...) é um elo que se perpetua independentemente da relação dos

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 1408.

⁵⁹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz, coord. Guarda Compartilhada. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 20.

genitores”⁶⁰. Trata-se do direito ao convívio familiar, ou seja, dos pais estarem na companhia dos seus filhos, este consolidado no Código Civil de 2002, em seu artigo 1632:

Artigo 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Aliás, independentemente da situação em que os pais do menor, isto é, separados ou não, a eles incumbem os deveres elencados no artigo 1634, do Código Civil, alguns deles indicados de maneira mais genérica no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I. dirigir-lhes a criação e educação;
- II. exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI. nomear-lhe tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII. representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX. exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Por óbvio, constata-se que os incisos II, IV e VIII estão intrinsecamente ligados aos conteúdos da Convenção, devendo ser considerados em sua aplicação no ordenamento pátrio.

Uma vez existente o poder familiar, decorrerá o direito de guarda, também conhecido atualmente como convivência familiar. Segundo Dimas Messias de Carvalho, a guarda consiste em dever decorrente do poder familiar (artigo 1634, II do CC/2002) de modo que o seu detentor tenha que assistir a criança e adolescente não apenas no aspecto material, mas também no moral e educacional.⁶¹

De maneira simples, mas incontestável, a jurista Maria Berenice Dias explica em matéria de guarda o quanto os filhos são impactados pela separação dos pais que, aliás, configura uma verdadeira situação de beligerância, não podendo de maneira alguma aqueles serem vistos como objeto de disputa por estes:

⁶⁰ DIAS, Op. Cit., p. 490.

⁶¹ CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 505.

Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. O rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos. Eles não podem se sentir objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores e nem sofrer as consequências desse desenlace. Lembra a psicologia que são os filhos quem mais sofrem no processo de separação. Consideram-se rejeitados e impotentes, nutrindo profundo sentimento de solidão, como se estivessem sozinhos no mundo (DIAS, 2017, p. 546).

A jurista ainda comenta, mais uma vez, que não haverá qualquer alteração do poder familiar quando se trata da alteração do convívio do filho com ambos os pais:

Com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do poder familiar. A guarda dos filhos é implicitamente conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao seu melhor interesse (CC 1612) (DIAS, 2017, p. 547).

O Código Civil Brasileiro de 2002, sob a redação da Lei 13.058/2014 (Lei da Igualdade Parental), reconhece expressamente duas modalidades de guarda: a *guarda unilateral* (artigo 1583, § 1º do CC/2002) e a *guarda compartilhada*, também conhecida como bilateral ou conjunta (artigo 1583, § 2º do CC/2002).

Artigo 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Na primeira espécie pode decorrer do consenso de ambos os genitores (art. 1584, inciso I do CC/2002) ou quando um deles declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada (art. 1582, § 2º do CC/2002). É claro que ainda assim haverá a convivência do outro genitor com os filhos, tal como exposto no supratranscrito artigo 1.632 do diploma civil.

Segundo o § 5º do artigo 1583 do CC/2002 o genitor não guardião terá legitimidade para solicitar informações e/ou prestação de contas em assuntos ou situações que afetem a saúde física e psicológica dos filhos ou mesmo a sua educação. Por exemplo, poderá obter informações sobre a frequência e o rendimento do(s) seu(s) filho(s) na escola.

Conforme Maria Berenice Dias ⁶², aliás, uma das maiores juristas sobre o Direito de Família, “a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras”.

Não é a toa que o legislador estabeleceu a segunda espécie, ou seja, a guarda compartilhada como a regra no Estado Brasileiro, tal como pode se depreender do teor do § 1º do artigo 1584, do diploma civil, segundo o qual o juiz deverá reiterar às partes sobre a importância da guarda compartilhada. E ainda, o artigo 1584, § 3º do CC/2002 estabelece que no caso de recusa à guarda unilateral por um dos genitores, o juiz poderá determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público a guarda compartilhada, levando em consideração a orientação técnico-profissional ou de equipe multidisciplinar.

Esta pode ser fixada por acordo (art. 1584, I CC/2002). entre os pais ou decretada pelo juiz (art. 1584, II CC/2002).

Segundo a doutrina majoritária, a guarda compartilhada é a que melhor atende aos interesses dos filhos, uma vez que garante o constante contato destes com ambos os pais, que acabam por participar em todos os momentos da vida daqueles.

Sob o princípio da igualdade entre os genitores, pode-se garantir que a guarda compartilhada é a que melhor se coaduna ao equilíbrio e ao exercício democrático do poder familiar. Dias assim dissertou em seu Manual de Direito das Famílias:

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização de responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. Indispensável manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos, conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária [...] (DIAS, 2017, p. 550).

Cesar Calo Peghini ⁶³ ainda expõe outros tipos de guarda, menos utilizadas, sob a premissa de que o rol de guardas no ordenamento jurídico brasileiro é exemplificativo: a

⁶² DIAS, Op.cit., fls. 549.

⁶³ COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz, coord. Guarda Compartilhada. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 59.

guarda alternada, quando os genitores alternam períodos de guarda exclusiva (exemplo dado pelo autor: de janeiro a julho o filho fica com a mãe e o pai terá o direito de visitas nesse interregno. No segundo semestre, a situação é invertida); e a *guarda de nidacão ou aninhamento*, em que a criança fica sempre na mesma residência, sendo alternados apenas os períodos de convivência com os pais. Por sua vez, essa última exige um certo padrão econômico, uma vez que pressupõe a existência de três residências (duas para cada genitor e uma para a criança).

Decorrente do direito de guarda, existe o chamado de direito de visitas, expressão criticada por Maria Berenice Dias, uma vez que imprime o sentido de que o genitor apenas terá a companhia de seu(s) filho(s) em determinado período de tempo, tal como fosse um ato mecânico. Por tal razão, a autora prefere que tal direito seja denominado “direito de convivência ou regime de relacionamento”⁶⁴.

Também expõe a jurista que se trata de um direito de todos os componentes do núcleo familiar, ou seja, dos pais e dos próprios filhos. É um verdadeiro direito de personalidade:

O direito de convivência não é assegurado somente ao pai ou à mãe, é direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filiar. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação do regime convivencial. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental. Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz (DIAS, 2017 p. 557).

O referido direito encontra-se exposto no artigo 1589 do CC/2002:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Louvável a disposição no parágrafo único referido dispositivo, uma vez que não restringe o direito de visitas apenas aos pais, mas o reconhece aos avós da criança. Verdade seja dita, não há o que se questionar no Direito Civil Brasileiro, a possibilidade de conferir a

⁶⁴ DIAS, Op. cit., p. 557.

titularidade dos direitos de guarda e direitos de visitas a pessoas diversas dos genitores. A exemplo disso existem a guarda avoenga e a guarda estatutária, esta prevista pelo ECA. Nesse sentido, Maria Berenice assim dispõe:

Na hipótese de ocorrer a atribuição de guarda a terceiros, persiste a obrigação dos pais de supervisionarem os interesses dos filho (CC 1583, § 5º), não sendo impedido o exercício do direito de convivência (ECA 33, § 4º). Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, mais vem se desdobrando o direito de visita também a parentes outros. Assim, avós (CC 1589 parágrafo único), tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, eis que os elos de afetividade merecem ser resguardados [...] (DIAS, 2017, p. 558).

A Convenção, por sua vez, delimitou os seus conceitos do direito de guarda e do direito de visita em seu artigo 5º, redigido da seguinte maneira:

Artigo 5º. Nos termos da presente Convenção:

- a) o “direito de guarda” compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;
- b) o “direito de visita” compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Elisa Pérez-Vera ressalta que, de maneira diversa dos demais artigos, a Convenção não conferiu uma definição abstrata em seu quinto dispositivo, uma vez que tais conceitos são fundamentais para se atingir os objetivos da Convenção. Também expõe nos itens 83 e 84 do *Explanatory Report* a necessidade de uma interpretação correta de tais direitos que, aliás, poderão ser titularizados por pessoas diversas dos pais, podendo, inclusive, envolver pessoas jurídicas:

83 A Convenção, seguindo uma longa tradição da Conferência da Haia, não define os conceitos jurídicos utilizados por ela. No entanto, neste artigo, deixa claro o sentido em que as noções de custódia e direitos de acesso são utilizadas, uma vez que uma interpretação incorreta de seu significado correria o risco de comprometer os objetivos da Convenção. 84 No que diz respeito aos direitos de custódia, a Convenção limita-se a sublinhar o facto de incluir na expressão «direitos relativos ao cuidado da pessoa da criança», deixando de lado as possíveis formas de proteger os bens da criança. Trata-se, portanto, de um conceito mais limitado do que o de "proteção de menores", apesar das tentativas feitas durante a Décima Quarta Sessão de introduzir a ideia de "proteção" de modo a incluir em particular os casos em que crianças são confiadas a instituições ou organismos. Mas, como todos os esforços para definir os direitos de custódia em relação a essas situações particulares falharam, é preciso ficar satisfeito com a descrição geral dada acima. A Convenção procura ser mais precisa, enfatizando, como um exemplo do "cuidado" referido, o direito de determinar o local de residência da criança. No entanto, se a criança, embora ainda menor de direito, tiver o direito de determinar o seu próprio local de residência, a substância dos direitos de custódia terá que ser determinada no contexto de outros direitos relativos à pessoa da criança. Por outro lado, embora

nada seja dito neste artigo sobre a possibilidade de os direitos de custódia serem exercidos isoladamente ou em conjunto, tais possibilidades são claramente previstas. De fato, uma regra clássica do direito convencional exige que os termos de um tratado sejam interpretados em seu contexto e levando em conta o objetivo e o fim buscados pelo tratado, e todo o teor do artigo 3 não deixa margem para dúvidas de que a Convenção pretende proteger a custódia conjunta também. Quanto a saber quando existe a guarda conjunta, essa é uma questão que deve ser decidida em cada caso particular, e à luz da lei da residência habitual da criança. (Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Itens 83 e 84, tradução nossa) ⁶⁵

Também não há o que se falar em fixação do direito de guarda pela Convenção, mas sim em sua proteção nos exatos termos da decisão pré-existente em que tal direito fora estabelecido segundo o ordenamento jurídico do país em que a criança tinha a sua residência habitual. A solução dos direitos de guarda caberá apenas ao juiz natural da causa, o que ocorrerá apenas após a definição sobre o retorno da criança.

O direito de visitas mencionado no artigo 5º abrange não apenas a situação de visitar a criança no local em que ela habitualmente resida, mas também a possibilidade de levá-la para um lugar diverso, *por período limitado*. Também não se trata de um conceito fechado de modo que não se exclui outras formas de exercício dos direitos de visita.

A Convenção também permite que o pedido referente ao direito de visitas, seja para resguardá-lo, seja para (re)defini-lo, possa ocorrer nas mesmas condições que o pedido de restituição do menor fora formulado. Ou seja, as Autoridades Centrais também estão legitimadas a postular o referido direito. Além disso, a estas cabem a promoção do exercício harmônico desse direito por aqueles que preenchem os requisitos necessários para tanto:

⁶⁵ 83 *The Convention, following a long-established tradition of the Hague Conference, does not define the legal concepts used by it. However, in this article, it does make clear the sense in which the notions of custody and access rights are used, since an incorrect interpretation of their meaning would risk compromising the Convention's objects.* 84 *As regards custody rights, the Convention merely emphasizes the fact that it includes in the term 'rights relating to the care of the person of the child', leaving aside the possible ways of protecting the child's property. It is therefore a more limited concept than that of 'protection of minors', despite attempts made during the Fourteenth Session to introduce the idea of 'protection' so as to include in particular those cases where children are entrusted to institutions or bodies. But since all efforts to define custody rights in regard to those particular situations failed, one has to rest content with the general description given above. The Convention seeks to be more precise by emphasizing, as an example of the 'care' referred to, the right to determine the child's place of residence. However, if the child, although still a minor at law, has the right itself to determine its own place of residence, the substance of the custody rights will have to be determined in the context of other rights concerning the person of the child. On the other hand, although nothing is said in this article about the possibility of custody rights being exercised singly or jointly, such a possibilities clearly envisaged. In fact, a classic rule of treaty law requires that a treaty's terms be interpreted in their context and by taking into account the objective and end sought by the treaty, and the whole tenor of article 3 leaves no room for doubt that the Convention seeks to protect joint custody as well. As for knowing when joint custody exists, that is a question which must be decided in each particular case, and in the light of the law of the child's habitual residence.*⁶⁵

Artigo 21. O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança. 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 Centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito. As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por 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.

Tal orientação também foi publicada no sítio eletrônico da AGU ⁶⁶:

9) CASO O MEU FILHO TENHA SIDO TRANSFERIDO PARA O BRASIL, AINDA É POSSÍVEL EXERCER O MEU DIREITO DE VISITAS? Sim, a Convenção da Haia também visa resguardar o direito de visitas, ou seja, a possibilidade de transferência temporária de um país para o outro para passar um determinado tempo com um dos genitores. Caso haja uma ação de restituição com base na Convenção em curso no Estado brasileiro, as normas constantes da Convenção relativamente ao direito de visitas podem ser utilizadas extensivamente para assegurar o acesso provisório do pai que reside no exterior a criança enquanto não sobrevêm uma decisão final sobre retorno. Se o pai só detinha direito de visitas, mas não a guarda, ele também pode solicitar, com base na Convenção da Haia, a regulamentação dessas visitas judicialmente.

Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon acrescentam que, ainda que a Convenção de Haia pressuponha a cooperação jurídica internacional entre diferentes sistemas jurídicos, os conceitos do artigo 5º devem ser interpretados segundo a direito interno vigente do Estado tido como residência habitual do menor e não do Estado de Refúgio:

[...] Em resumo: a autoridade (administrativa ou judicial) que poderá apreciar os pedidos de retorno da criança, ou a fixação do regime de visitação a respeito dela, não poderá considerar os conceitos de direitos de guarda e direitos de visita do Direito interno de seu Estado (Estado Requerido), e sim considerar que tais conceitos, constantes do artigo 5º da Convenção, têm autonomia e independência relativamente ao Direito interno, valendo-se do Direito do Estado da residência habitual da criança para identificação do conteúdo referente aos institutos de guarda e da visitação, concebidos na perspectiva da Convenção de Haia (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 126).

Tibúrcio ressalta a importância da primazia dos interesses das crianças em plano internacional no que diz respeito à convivência destas com as pessoas com quem criaram laços de afinidade. Aliás, independentemente de quem detenha a sua guarda, deverá existir nas relações familiar o bem-estar do menor como o seu norte:

⁶⁶ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678>. Acesso em: 14 out. 2018.

[...] Assim, não deve ser relevante a identificação do genitor ou outra pessoa que teria atribuições relacionadas à administração ou usufruto dos bens titularizados pela criança, eis que a preocupação se relaciona ao bem-estar da criança no plano pessoal ou existencial. Tal observação confirma a noção de que, tanto no plano internacional quanto no plano do Direito interno, deve-se priorizar e atender ao melhor interesse da criança, inclusive quanto à comunicação e contato pessoal e afetivo da criança com ambos os pais e outras pessoas que com ela tenham afinidade e afetividade (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 128).

Considerando as diversas modalidades de guarda existentes no Direito pátrio, por óbvio, deve-se adotar aquela que mais se compatibiliza ao melhor interesse dos menores. Afinal, não se trata de uma mera posse física, pois o que se discute é a convivência com um ser humano, mas sim de um conjunto de deveres que cria um vínculo de completa dependência em relação aos seus pais.

2.4. Aspectos procedimentais da solicitação de devolução da criança no Brasil

Pode-se dizer que existem duas fases no procedimento para fins de devolução do menor ilicitamente subtraída ou retida, a saber, a pré-processual e a processual, com o destaque ao comentário no item 1.3.2., ou seja, a adoção do sistema misto pela Convenção. Deve existir a coordenação harmônica por parte das Autoridades Centrais da cooperação entre os Estados Partes com a atuação das autoridades administrativas e judiciais conforme o direito interno vigente.

De maneira bem acessível, a Advocacia Geral da União expõe em seu sítio eletrônico como proceder no caso de a criança ter sido ilicitamente removida ou retida no Brasil ⁶⁷:

- 1) MEU FILHO FOI TRANSFERIDO OU RETIDO ILICITAMENTE NO BRASIL. COMO POSSO SOLICITAR O RETORNO DA CRIANÇA? Em primeiro lugar você deve se assegurar que o seu país faz parte da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (a lista de países membros pode ser encontrada no site da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado). Em seguida, você deve entrar em contato com a Autoridade Central do seu país para a Convenção da Haia. A Autoridade Central disponibilizará um formulário que deverá ser preenchido, além de uma lista de documentos exigidos para a formulação do pedido de cooperação jurídica internacional. Todos os documentos a serem enviados ao Brasil devem ser traduzidos para o português. Cumpridas essas exigências, o pedido será enviado para a Autoridade Central Administrativa Federal brasileira (ACAF). É importante que você indique o provável endereço onde se encontra a criança. Assim, que a criança for localizada, a ACAF buscará solucionar a questão de forma amigável. Havendo resistência à restituição amistosa da criança, a Autoridade Central brasileira encaminha o caso à

⁶⁷ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678>. Acesso em: 14 out. 2018.

Advocacia-Geral da União (AGU) para análise jurídica e eventual promoção da ação judicial cabível.

Com a constatação de que o menor fora ilicitamente removido de sua residência habitual, deverá ser feita comunicação para a Autoridade Central do país do qual a criança fora sequestrada (artigo 6). Por óbvio, a criança deve ter sido removida do Estado no qual vivia, ou seja, não está mais sob a sua jurisdição.

Recebida a solicitação de cooperação jurídica por parte da Autoridade Central do país requerente ou até mesmo pela própria pessoa interessada, deverão ser tomadas todas as medidas necessárias, estas apontadas no rol exemplificativo do artigo 7, para se atingir o principal objetivo da Convenção, isto é, o retorno da criança para a sua residência habitual. Além disso, os pressupostos de admissibilidade para a restituição do menor deverão ser analisados no momento do recebimento do pedido.

Essas medidas envolvem a comunicação da Autoridade Central brasileira com os órgãos brasileiros, mas também com entidades internacionais, tais como a Interpol. Nesse aspecto, não é obrigatória a pré-existência de qualquer investigação penal para que a Interpol atue no caso, basta que a criança não tenha sido localizada.

O pedido seguirá os requisitos apresentados no artigo 8º convencional:

Artigo 8º. Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgar que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

- a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;
- b) caso possível, a data de nascimento da criança;
- c) os motivos em que a o requerente se baseia para exigir o retorno da criança;
- d) todas as informações disponíveis relativas à localização e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

- e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;
- g) qualquer outro documento considerado relevante.

Segundo Elisa Pérez-Vera, para fins de admissibilidade, foi necessário estabelecer um rol mínimo de informações a ser apresentado nos pedidos de restituição. os itens do

segundo parágrafo são obrigatórios, ou seja, as informações de letras *a*, *b* e *d*, de modo a garantir a identificação da criança, das partes interessadas, bem como do possível paradeiro da criança.⁶⁸

A Advocacia Geral da União⁶⁹ ainda acrescenta os seguintes documentos que podem ser apresentados por ocasião do pedido de retorno da criança:

3) QUAIS DOCUMENTOS DEVEM SER JUNTADOS AO PEDIDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA O RETORNO DE MENORES? A documentação necessária para dar início ao pedido judicial de restituição varia de acordo com o caso concreto. Todavia, é recomendável que sejam anexados ao formulário-padrão documentos que comprovem e/ou identifiquem: a) o local onde a criança residia no país de origem (residência habitual); b) o endereço onde a criança possivelmente será localizada no Brasil; c) o efetivo exercício do direito de guarda pelo pai ou parente que foi deixado para trás (left behind parent); d) os dispositivos legais do país de origem que tratam sobre o tema da guarda de menores; e) a transferência ou retenção ilícita da criança (autorização de viagem apenas para passeio, passagens aéreas de ida e volta para o país de origem, entre outros).

Cumprе ressaltar que, em relação aos pedidos recebidos de países signatários, mas que não tenham reconhecido expressamente a adesão brasileira, caberá à Autoridade Central Federal remeter tal pedido ao Ministério das Relações Exteriores, que irá entrar em contato com a Autoridade Central do Estado requerente. A posterior aceitação, por sua vez, implicará no prosseguimento do feito.

Com a instauração do pedido administrativo no Brasil, devidamente instruído com os documentos acima mencionados, a Autoridade Central brasileira expedirá uma notificação por carta ao agente subtrator, para que este tenha ciência do pedido em trâmite apresentado pelo outro genitor, qualquer interessado ou até mesmo pela Autoridade Central do Estado da residência habitual.

Em consonância com a disposição contida no artigo 10 da Convenção, passa-se em seguida a tentativa de solução amigável do litígio, o que deve ser providenciado principalmente pela Autoridade Central que buscará a reunião dos envolvidos. O mecanismo

⁶⁸ Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 100. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 30 set. 2018.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678>. Acesso em: 14 out. 2018.

mais utilizado tem sido a mediação, o que não apenas evita eventuais despesas extras, como também desgaste emocional à criança e aos envolvidos (p. 14)⁷⁰.

2.4.1. Medidas judiciais adotadas

Não havendo êxito na restituição voluntária da criança, a Autoridade Central deverá encaminhar o feito para a Advocacia Geral da União, que irá promover a medida judicial cabível. Afinal, cabe a este órgão a representação processual da União Federal em juízo, principalmente, no que diz respeito ao cumprimento de tratados internacionais por meio da cooperação jurídica internacional. Não se pode esquecer de que a Autoridade Central deverá acompanhar o processo em todas as suas fases de modo a garantir a observância às disposições convencionais.

A AGU possui Departamento Internacional nem Brasília responsável pela orientação jurídica em processos judiciais. Por sua vez, existem as procuradorias regionais, procuradorias da União e procuradorias seccionais, que acompanham o trâmite dos processos respectivamente perante aos Tribunais Regionais Federais, às varas federais das capitais e do Distrito Federal e às varas federais nas subseções judiciárias do interior dos Estados⁷¹. No que diz respeito aos processos que envolvem Direito Internacional, a AGU tem advogados especializados na atuação dessa área, designados por suas respectivas chefias, são os chamados “pontos focais”.

Embora o rito cautelar tenha sido extinto com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não há qualquer óbice em utilizar a busca e apreensão, para fins de restituição do menor como cautelar atípica, devendo ser demonstrados como o melhor direito impõe à tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC/2015⁷² a plausibilidade das

⁷⁰ Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. p. 14. Disponível para *download* em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018. Acesso em: 30 mar 2018.

⁷¹ *Ibidem*, p. 16.

⁷² Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da

alegações (*fumus boni iuris*) e a existência de risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Geralmente, não são irreversíveis as liminares concedidas de modo a evitar a concretização de um novo cenário de sequestro por parte do requerente.

São as medidas judiciais atualmente utilizadas para fins de obtenção de liminar em sede da Convenção de Haia de 1980 ⁷³:

- a) Ação de busca e apreensão: requer a prova pré-constituída da titularidade da guarda pelo requerente e a criança deve ter residido no Estado requerente imediatamente antes do sequestro.
- b) Ação para garantir o direito de visitas: também necessita da prova não apenas do direito, mas de sua violação.
- c) Ação declaratório do direito de guarda: igualmente requer a prova pré-constituída da titularidade da guarda pelo requerente e da criança já ter residido no Brasil, ainda que sem autorização do outro genitor.

Conforme se verifica, a eventual ausência de prova pré-constituída pode levar ao indeferimento do pedido. No que diz respeito aos polos da relação jurídica, compõe o ativo a AGU ou o requerente da retorno. Já o passivo não é ocupado pelo menor, mas o genitor ou a pessoa que promoveu o seu sequestro. No mínimo, a criança poderá ser vista como “interessada”, mas não fará parte da relação jurídica por ser sujeito da ação jurisdicional de busca e apreensão.⁷⁴

É essencial que o conjunto probatório estabeleça se houve ou não uma subtração ou retenção ilícita, nos termos do artigo 3º da Convenção por parte de um dos genitores de maneira a eliminar eventuais dúvidas sobre a residência habitual do menor:

DIREITO INTERNACIONAL R PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DEE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - CONVENAO DE HAIA. INTERESSE DE NATUREZA PÚBLICA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. RESIDÊNCIA HABITUAL. DEFINIÇÃO. INTERESSE DO MENOR. DIREITO INDISPONÍVEL. BUSCA

decisão. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁷³ Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon..

Op. Cit. p. 38.

⁷⁴ Ibidem, p. 19.

DA VERDADE REAL. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CPC⁷⁵. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL, APELAÇÃO E AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL PREJUDICADOS. 1. Trata-se de ação cautelar de busca e apreensão de menor supostamente removido do país de sua residência habitual promovido pelo pai em face da mãe, com fulcro na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – Convenção de Haia -, promulgada pelo Decreto nº 3.413/2000. 2. A intervenção da União no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, é de rigor, eis que o seu próprio interesse, de natureza pública, consiste no dever de cumprimento das obrigações assumidas em sede de Convenção Internacional, pode ser afetado (artigo 54, do CPC).⁷⁶ 3. Do teor do artigo 7º, letra f, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, Convenção de Haia de 25.10.2980, promulgada pelo Decreto nº 3.413 m (sic) de 14.04.2000, depreende-se não apenas a legitimidade ativa ad causam da União, mas especialmente o seu interesse, eis que designada, no Brasil, como autoridade central a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. 4. A jurisprudência não diverge acerca do interesse da União em casos análogos, assegurando-lhe tanto a condição de legitimada ativa ordinária, quanto de assistente em hipóteses onde o cumprimento da Convenção Internacional é requerido diretamente por um dos genitores do menor. Precedente: STJ, 2ª Seção, CC 100.345, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 11.02.2009, DJe 18.03.2009. 5. O artigo 3º da Convenção de Haia, aprovada pelo Decreto nº 3.413/2000, elenca os requisitos para caracterização da transferência ou retenção ilícita de uma criança: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou retenção; e b) esse direito sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. 6. Desta feita, para o reconhecimento da retenção ilícita do menor é imprescindível a definição do local de sua residência habitual, demonstrando sua transferência para Estado diverso daquele em que residia, com a cautela e prudência que a situação exige, por envolver o bem estar da criança, de seus pais e, inclusive, dos Estados envolvidos na controvérsia. 7. Apesar de a presente demanda versar, tão somente, a respeito da restituição do menor para o Estado de sua suposta residência habitual, e não sobre o direito de guarda, o reconhecimento de sua transferência e retenção ilícitas pela mãe nele refletirá diretamente, já que restará reconhecida a competência do Estado de residência habitual para decisão acerca do tema, conforme previsto pela Convenção de Haia. 8. Qualquer direito atinente ao interesse do menor é indisponível, de ordem pública, e o reconhecimento da retenção ilícita da criança requer ampla análise da real situação fática das partes envolvidas, lastreada em robusta prova, a fim de se apurar, com a certeza necessária, a residência habitual da criança. 9. O presente feito não se encontra devidamente instruído, perdurando dúvidas e divergências quanto ao local de residência habitual do menor, sendo necessária a produção de provas para esclarecimento da questão. 10. Tratando-se de direito indisponível – pois envolve interesse de menor – deveria o e. Magistrado singular, como destinatário da prova, determinar a realização de todas as provas admissíveis como fito de dirimir as incongruências e contradições que os demandantes demonstram nestes autos, objetivando a busca da verdade real, corolário do processo justo e eficaz, não podendo o MM. Juiz a quo se furtar de tal providência, conforme determina o artigo 130 do CPC. Precedentes do STJ Precedentes do STJ: 4ª Turma, REsp 241.886/GO, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 17.08.2004, DJ 27.09.2004; 4ª Turma, REsp 192.681/PR, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, por maioria, j.02.03.2000, DJ 24.03.2003, RSTJ 167/477; 3ª Turma, REsp 1.012.306/PR, Min. NANCY ANDRIGHI, j. 28.04.2009, DJe 07.05.2009.

11. A desconstituição da sentença é de rigor para que se proceda à devida

⁷⁵ Correspondente ao atual artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015.

⁷⁶ Correspondente ao atual artigo 124 do Código de Processo Civil de 2015.

instrução, eis que a ampla dilação probatória, a ser realizada com o intuito de fixar, com a máxima certeza, e por ocasião da ocorrência dos fatos descritos na inicial, o local de residência habitual do menor para a adequada decisão da demanda, visa à efetiva proteção do interesse do menor, objetivo precípua da Convenção de Haia, bem como de nossa Carta Magna, especialmente em seu artigo 227. 12. Com a insubsistência da sentença e o retorno dos autos à primeira instância, questões relativas a eventual afastamento temporário do menor de seu atual domicílio, bem como a possibilidade de visitas do apelante ao menor, retornam à esfera de competência do juiz singular, onde, então, deverão ser apreciadas, permanecendo válidas e com plena vigência as decisões acautelatórias anteriormente proferidas em 1º grau. 13. Admitido o ingresso da União no feito na qualidade de assistente litisconsorcial; desconstituindo-se, de ofício, a r. sentença monocrática de fls. 552/557, com o retorno dos autos ao juízo de origem para a devida instrução do feito, com a produção das provas pertinentes, bem como a tentativa de conciliação entre as partes, após o que, observadas as formalidades processuais, deverá ser proferida nova sentença, prejudicados o agravo regimental da União, a apelação do autor e a ação cautelar incidental nº 2009.03.00.005254-2, nos termos constantes do voto. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001923-25.2008.4.03.6123/SP, Processo Originário 2008.61.23.001923-7/SP TRF 3ª Região, 2ª Turma, Data do Julgamento: 29/06/2010, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MELLO)

De modo a embasar o acervo probatório, a audiência poderá compreender os seguintes atos: tentativa de conciliação, oitiva do menor, realização de perícia de modo a se comprovar a inexistência de eventual grave risco psicológico por parte da criança e, inclusive, a videoconferência de modo a se manter contato com o genitor que se encontra a milhares de quilômetros do território brasileiro.

2.4.2. Sentença e recurso

A natureza da sentença proferida no sentido de deferimento do pedido de retorno do menor, através da busca e apreensão é condenatória que se por um lado, afirma a incompetência da Justiça brasileira para o conhecimento da situação jurídica material da criança abduzida (subtraída/retida), e, de outro, fixa a obrigação de retorno seguro do infante ao Estado da residência habitual da família [...].

Para tanto, o Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal elenca as principais medidas aptas a garantir a efetividade da decisão proferida em sede de sequestro internacional de menores:⁷⁷

⁷⁷ Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Op. Cit. p. 40-41.

- a) a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos responsáveis pela vigilância das fronteiras e fluxo internacional de pessoas, tais como a Polícia Federal (podendo ser cancelado o passaporte, inclusive), a Interpol e a Infraero;
- b) a comunicação de tal ordem aos órgãos de vigilância do fluxo nacional de pessoas, tais como a Polícia Militar e a Polícia Rodoviária Federal;
- c) a comunicação da decisão aos órgãos responsáveis pela fiscalização do transporte marítimo e às empresas comerciais de transporte rodoviário, aéreo e marítimo;
- d) a comunicação também deverá ser feita para a Autoridade Central brasileira (SDH) e às autoridades diplomáticas e/ou consulares do Estado de residência habitual.

Deve-se primar pela segurança da criança no momento do seu retorno, também podendo ser executadas as seguintes diligências:

- a) o cumprimento da ordem de busca e apreensão pode ser efetuado na presença de dois Oficiais de Justiça, dentre os quais um do sexo feminino, podendo haver o acompanhamento de assistente social e psicólogo;
- b) a prestação de alimentos provisórios para a criança até que a situação da guarda seja definida pelo juízo natural;
- c) a possibilidade não apenas de o genitor subtrator retornar com o menor para a sua residência habitual até que o direito de guarda seja definido pelo juízo dessa estado, mas também de assistência judiciária de tal genitor em ação de guarda a ser tramitar perante tal Justiça.

Quanto aos recursos cabíveis contra a sentença, o mesmo Manual apresenta o agravo de instrumento contra decisões que defiram ou indefiram a liminar e a apelação da sentença que julgue procedente ou improcedente o pedido ou mesmo extinga o processo sem resolução do mérito.⁷⁸

2.4.3 Despesas

Em relação a eventuais gastos, nos termos do artigo 26 da Convenção⁷⁹ não poderá a Autoridade Central cobrar quaisquer despesas relativas à apresentação do pedido de

⁷⁸ Ibidem, p. 45.

⁷⁹ Cf. ANEXO – Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

restituição, o que envolve as custas processuais e honorários advocatícios, considerando a eventual reserva feita ao artigo 42 da Convenção. No Brasil, a AGU dirime eventual dúvida sobre as despesas existentes:

5) O BRASIL COBRA TAXAS PARA A LOCALIZAÇÃO E AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DA CRIANÇA? Não, a localização da criança é realizada pela Interpol em virtude de convênio estabelecido com a Autoridade Central Administrativa Federal brasileira. Além disso, a ação de restituição de menores é ajuizada pela Advocacia-Geral da União, órgão de representação judicial interna do Estado brasileiro (que é isento de custas por lei), em função das obrigações internacionais assumidas pela Convenção da Haia.

No entanto, em função do art. 26 da Convenção da Haia, a AGU sempre em suas ações solicita a condenação do responsável pela transferência ou retenção ilícita no pagamento dos custos gerados pela localização e retorno do menor.⁸⁰

Todavia, poderão ser exigidas as despesas com o retorno do menor ao Estado de residência habitual. E ainda, poderá a Autoridade Central determinar que o genitor responsável pelo sequestro arque com tais custas eventualmente pagas pelo genitor abandonado.

2.5. Sobre a autorização de viagem internacional: uma análise sobre a Resolução nº 131/2011, do CNJ

Uma vez separados e sob a consideração de que ambos exercem o poder familiar, nenhum dos genitores poderá, *a priori*, impedir que o filho menor viaje com o outro internacionalmente. Ademais, o inciso IV do artigo 1.634, do CC/2002 expõe que compete a ambos os pais conceder ou negar consentimento para o filho viajar para o exterior. Todavia, isso não se confunde com a ausência de qualquer previsão normativa das viagens internacionais de filhos menores.

A viagem ao exterior de crianças e adolescentes encontra-se atualmente regulamentada no artigo 84, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸¹ e, de forma mais minuciosa, na Resolução 131 do Conselho Nacional de Justiça, de 26 de maio de 2011, cujas regras dirigem-se aos menores residentes no Brasil ou no estrangeiro.

⁸⁰ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸¹ Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I - estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II - viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 16 out. 2018.

Quando possuírem residência no Brasil, as crianças ou adolescentes brasileiros somente poderão viajar para outro País, sob as seguintes condições:

- Art. 1º. É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes no Brasil viajem ao exterior, nas seguintes situações:
- I. em companhia de ambos os genitores;
 - II. em companhia de um dos genitores, desde que haja autorização do outro, com firma reconhecida;
 - III. desacompanhado ou em companhia de terceiros maiores e capazes, designados pelos genitores, desde que haja autorização de ambos os pais, com firma reconhecida.

Em relação a essa autorização escrita concedida por um dos pais ou por ambos, haverá o preenchimento de formulário encontrado no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça ou da Polícia Federal ⁸², com a ressalva de que para cada criança ou adolescente haverá a sua respectiva autorização. Além disso, deverá ser indicado o prazo de validade no documento. Na ausência de prazo, a autorização será válida por dois anos. Serão necessárias duas vias com firma reconhecida por autenticidade ou por semelhança em cartório, sendo que uma delas ficará na Polícia Federal. Nos termos do artigo 4º da Resolução, a autorização dos pais também poderá ser feita por escritura pública.

Para as crianças ou adolescentes brasileiros que residam no exterior, detenham ou não mais de uma nacionalidade além da brasileira, terão o seu retorno atrelado à apresentação de Atestado de Residência expedida há menos de dois anos, cuja ausência será suprida pelas regras do artigo 1º:

- Art. 2º. É dispensável autorização judicial para que crianças ou adolescentes brasileiros residentes fora do Brasil, detentores ou não de outra nacionalidade, viajem de volta ao país de residência, nas seguintes situações:
- I. em companhia de um dos genitores, independentemente de qualquer autorização escrita;
 - II. desacompanhado ou acompanhado de terceiro maior e capaz designado pelos genitores, desde que haja autorização escrita dos pais, com firma reconhecida;
- § 1º. A comprovação da residência da criança ou adolescente no exterior far-se-á mediante Atestado de Residência emitido por repartição consular brasileira há menos de dois anos.
- § 2º. Na ausência de comprovação da residência no exterior, aplica-se o disposto no art.1º.

⁸² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/acc63aeb5ea8ca017d46dafac57778d.pdf> ou http://www.pf.gov.br/servicos-pf/passaporte/documentacao-necessaria/documentacao-para-passaporte-comum/formulartipo_1_poderesparagenitor.pdf. Acesso em 15 set. 2018.

O artigo 3º da Resolução, com redação similar a do artigo 85, do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a viagem ao exterior em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior, salvo quando este for genitor do menor ou a criança ou adolescente, nascido no Brasil, não tiver nacionalidade brasileira:

Artigo 3º. Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente brasileiro poderá sair do país em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput deste artigo, aplicando-se o disposto no art. 1º ou 2º:

- I. se o estrangeiro for genitor da criança ou adolescente;
- II. se a criança ou adolescente, nascido no Brasil, não tiver nacionalidade brasileira.

Esse dispositivo dificulta a ocorrência da subtração ilícita por um dos genitores, especificamente, quando se trata de estrangeiro, uma vez que será necessária a autorização do outro, nos termos dos artigos 1º e 2º supramencionados.

Interessante mencionar que, em decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo datada de 1999, ou seja, ano em que o Brasil assinou a Carta de Adesão à Convenção de Haia de 1980, foi mantida decisão que indeferiu o pedido de suprimento judicial diante da recusa do pai em autorizar o seu filho menor a viajar para o exterior, haja vista existir prejuízo ao seu direito de visitas:

Menor – suprimento de consentimento paterno para viagem ao exterior – Decisão de improcedência do pedido – Apelo com a finalidade de reformar a sentença – Elementos trazidos aos autos que indicam ser justa a recusa da autorização – Recurso improvido.

2. Não poderia prosperar o pedido inicial de suprimento do consentimento paterno do B.S.M. para que pudesse ele acompanhar a progenitora em viagem o exterior. Sérias divergências a respeito da observância ao direito de visitas reconhecido judicialmente ao requerido são patentes pelos documentos trazidos aos autos e a pretendida viagem a país longínquo mais ainda dificultaria a convivência entre pais e filho. Justa, portanto, como bem salientou o sentenciante, a recusa em conceder a autorização almejada pela apelante que visa apenas atender a suas conveniências (TJSP, Apelação Cível nº 47.850-0/2, da Comarca de Marília – Apelante C.H.S. (menor) – Apelado S.V.D.S.M. – v.u. – j. 22-4-1999 – Rel. Alvaro Lazzarini – Voto nº18.152 (nº 12.122/TJ) – nº 68/99 – Câmara Especial).

Portanto, diante da possibilidade de violação ao direito de visitas por um dos genitores e o requerimento de autorização para viagem do menor ao exterior, o julgador deverá dar preferência à primeira, para fins de cumprimento não apenas da decisão judicial que fixa o referido direito, mas também da Convenção de Haia, de maneira ampla.

Sob o mesmo fundamento, isto é, o respeito ao direito de visitas, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 03ª Região decidiu no sentido de que, inexistindo qualquer indícios de subtração por parte do genitor, não há razão para limitar o seu direito constitucional de ir e vir com os seus filhos (artigo 5º, inciso XV da CF/88):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO INTERNACIONAL. BUSCA E APREENSÃO. MENORES. REPATRIAÇÃO. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. APREENSÃO DE PASSAPORTES. RISCO DE FUGA INEXISTENTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IR E VIR. ART. 5º, XV, CF/88. VIOLAÇÃO. 1. Ação principal, movida pela União em face da agravante, objetiva a busca e apreensão dos menores L.T.B. e I.T.B., de nacionalidade brasileira e sueca, afim de que com as cautelas necessárias, sejam entregues a representantes do Estado sueco, pois teria a agravante violado a Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, posto que os menores foram deslocados pela genitora, ora agravante, do local habitual de residência – Suécia – e trazidos e retidos supostamente de forma ilegal para o Brasil. 2. Deflui-se dos autos que as crianças tinham regular residência na Suécia, tendo sido determinado pelo Poder Judiciário daquele país que os genitores usufruíssem da guarda compartilhada das crianças, sendo notório que a transferência dos menores para o Brasil inviabiliza o compartilhamento da guarda, cerceando direitos garantidos pelo Judiciário alienígena ao genitor. 3. Relatados nos autos excessos comportamentais cometidos pelo genitor em face da agravante e dos menores, a Agravante decidiu por voltar ao Brasil com os filhos, visando um melhor convívio familiar, longe dos destemperos e agressões. 4. Enquanto se discute nos autos principais o retorno ou não dos menores ao velho continente, bem agiu a MM. Juíza singular em determinar a apreensão dos passaportes da agravante e dos menores, de modo a impedi-los de se ausentarem do território nacional. 5. Verifica-se pelos documentos que acompanharam os autos que o núcleo familiar possui fortes vínculos no país, tendo a agravante emprego e residência fixa, desde que retornou da Suécia com seus filhos em dezembro de 2011. 6. Os documentos demonstram que os menores estão devidamente matriculados em instituição renomada de ensino, possuindo bom desempenho escolar e exercendo atividades que demonstram já estarem adaptadas à vida no Brasil. Da mesma forma, demonstram que os menores estão sob cuidados médicos, dentistas e psicólogos na região de moradia do núcleo familiar. 7. Relata a agravante que o genitor possui contato com os filhos por meio da internet e sabe onde residem, tendo visitado o local enquanto casados. **8. Não há, portanto, qualquer indício de que, com vida bem enraizada no país, a Agravante planeje ausentar-se do território nacional com seus filhos, empreendendo fuga.** 9. A determinação de apreensão dos passaportes da agravante e dos menores, de modo a impedi-los de se ausentarem do território nacional, é medida mais que suficiente no presente caso a assegurar eventual direito do genitor residente na Suécia, atendendo ao princípio do melhor interesse da criança. 10. Limitar a locomoção do núcleo familiar à região metropolitana da Grande São Paulo é cercear o direito constitucional de ir e vir, garantido no artigo 5º, XV, da Carta Magna. 11. Agravo provido (TRF – 3 – AI: 00184118120144030000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 10/03/2015, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 19/03/2015, grifo nosso).

Superada a análise da aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Estado Brasileiro, passa-se ao estudo crítico dos mecanismos processuais adotados pelo País, sob a consideração

de sua organização judiciária, no que diz respeito à apreciação do direito de guarda, nos termos do artigo 16 da Convenção.

3. O TEOR DO ARTIGO 16 DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A DUALIDADE DE JURISDIÇÕES NO BRASIL

3.1. Breves asserções sobre competência internacional

Antes de comentar sobre a competência em si, deve-se analisar a sua origem, ou seja, a jurisdição. Essa consiste na função/poder de dizer o direito ao caso concreto a qual pertence ao Estado. O seu principal escopo é a solução da lide apresentada ao Poder Público. Pode-se considerar que as decisões judiciais são uma das principais manifestações desse poder o que, por sua vez, encontram óbice na soberania dos demais Estados, estes também dotados de sua própria jurisdição.⁸³

Daniel Amorim Assumpção Neves reconhece que essa produção de efeitos vinculada apenas ao território do país em que a decisão foi proferida decorre do princípio da efetividade:

Não cabe ao Estado brasileiro o julgamento de demandas que não têm aptidão de gerar efeitos em outro Estado, que muito provavelmente não reconhecerá tal decisão. O princípio da efetividade determina que a justiça brasileira só deva se considerar competente para julgar demandas cuja decisão gere efeitos em território nacional ou em Estado estrangeiro que reconheça tal decisão, tornando assim sua atuação sempre útil e teoricamente eficaz.⁸⁴

Para Nádia de Araújo, a jurisdição é ilimitada, haja vista cada Estado ser dotado de soberania. Entretanto, de modo a se respeitar a existência de outros Estados cada qual com a sua respectiva jurisdição também ilimitada, deve-se delimitar quais causas são a ele convenientes julgar, respeitado o princípio da efetividade acima mencionado:

A jurisdição, em tese, é ilimitada, eis que corresponde a um reflexo do poder soberano do Estado. Todavia, o reconhecimento da existência de outros Estados soberanos, igualmente dotados de jurisdição ilimitada, implica uma necessária fixação por cada um deles das causas que sejam de seu interesse e conveniência julgar. Sendo assim, no plano internacional, constitui princípio assente aquele segundo o qual cabe ao Estado definir os contornos de sua atuação jurisdicional (ARAÚJO, 2018, p. 164-165).

Esta, por assim dizer, é a “faculdade para julgar uma determinada causa”⁸⁵. Ordinariamente, a competência também é conhecida como a parcela da jurisdição ou como

⁸³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (coord.). Direito Processual Civil esquematizado. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 231.

⁸⁵ DOLINGER e TIBÚRCIO. Op.cit. p. 559.

Humberto Theodoro Junior dispõe, “o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.”⁸⁶

Além disso, a competência pode ser interna ou internacional, assunto abordado neste item. A primeira se refere às demandas em que, fixada a competência da autoridade judiciária brasileira, cabe analisar qual órgão do Poder Judiciário pátrio será o competente para o processamento do feito. A competência internacional, por sua vez, abrange a análise sobre quais causas a Justiça brasileira poderá decidir como Estado soberano.

Os limites da jurisdição nacional encontra-se disposta no Capítulo I do Título II (“Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional”) do atual Código de Processo Civil de 2015. Cumpre ressaltar que as restrições existentes nos três primeiros artigos dizem respeito à jurisdição brasileira e não propriamente à competência.

A competência internacional é dividida em concorrente (arts. 21 e 22) e exclusiva (art. 23). Nessa última, a Justiça estrangeira não poderá se manifestar sobre o caso, ainda que o seu direito interno permita. Qualquer sentença estrangeira sobre os assuntos elencados no artigo 23 não poderão ser homologadas pelo STJ e, muito menos, reputadas eficazes no País. Dessa forma, apenas o juízo brasileiro será o competente para tanto:

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Já na concorrente, tanto a Justiça brasileira como a Justiça estrangeira estão aptas a conhecer as seguintes matérias elencadas:

Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

⁸⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil. vol. 1. 56. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 214.

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Sendo concorrente a competência, poderá o Superior Tribunal de Justiça homologar a sentença estrangeira proferida segundo o ditame da Justiça alienígena para poder gerar efeitos em território brasileiro. No que diz ao direito de guarda, esta afeta ao sequestro internacional, a sua definição em cenário internacional se dará pela competência concorrente. De modo que aquele que estiver na posse da criança poderá pleitear o deferimento do direito de guarda em seu favor, ainda que exista outra ação em trâmite perante outro país. Valerá a decisão que transitar em julgado primeiro, devendo ser homologada pelo STJ, caso seja estrangeira.

As matérias elencadas nos artigos 21 a 23 são taxativas, razão pela qual quaisquer outras ações ali não inclusas não poderão ser apreciadas e conhecidas pelo Poder Judiciário brasileiro, devendo, portanto, serem extintas sem resolução do mérito.

Importante mencionar o teor do artigo 24 do diploma processual civil pátrio, o qual diz respeito à litispendência internacional, isto é, quando existem duas ações idênticas tramitando perante Estados distintos:

Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Daniel Amorim Assumpção Neves⁸⁷ acrescenta que existindo de causa de pedir e pedido distintos, “é possível a concomitância da ação de homologação de sentença estrangeira e de ação em trâmite no território nacional idêntica àquela que gerou a sentença que se buscou homologar”. Com o trânsito em julgado da sentença de homologação, por respeito à coisa julgada material, deverá o eventual processo nacional aqui em trâmite ser extinto sem resolução do mérito (art.

⁸⁷ NEVES, Op.cit., p. 233.

485, V, do CPC/2015). No caso oposto, ou seja, transitada em julgado a sentença do processo nacional, não poderá ser homologada a sentença estrangeira, de modo a se observar à soberania brasileira.

Por fim, de maneira a já estabelecer um vínculo com o próximo item, o artigo 25 do CPC/2015 tem a sua razão de ser dada a falta de regras internacionais fixas sobre a jurisdição internacional⁸⁸:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. § 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo. § 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.

Entretanto, sob a égide da Convenção de Haia de 1980, não há o que se falar em cláusula de eleição de foro de modo a se evitar o *forum shopping*, ou seja, a busca pelas partes do tribunal que irá julgar a ação, atendendo simultaneamente os seus interesses, o que envolve “vantagens relativas aos aspectos processuais da questão, da lei aplicável, dos custos para a contratação de advogados, entre outras.” Em sequestro internacional, deve-se priorizar o retorno da criança para posteriormente o juízo natural, isto é, o da residência habitual, definir o direito de guarda segundo os ditames do melhor interesse, não se admitindo qualquer intervenção externa na fixação de competência.

3.2. Artigo 16: restrições à competência

Artigo 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, 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.

O décimo sexto artigo da Convenção foi elaborado para evitar que o genitor sequestrador obtenha no Estado de refúgio, isto é, o Estado requerido decisão de guarda em seu favor de modo a dificultar pesadamente a restituição da criança em razão ao respeito à jurisdição daquele país. No sítio eletrônico da Advocacia Geral da União⁸⁹ expõe tal motivo:

⁸⁸ ARAÚJO, Op. Cit. , p. 178.

⁸⁹ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678>. Acesso em: 14 out. 2018.

10) A JUSTIÇA BRASILEIRA PODE CONCEDER A GUARDA DA CRIANÇA AO GENITOR QUE A TRANSFERIU OU A RETEVE ILICITAMENTE? Não. O texto da Convenção de Haia (art. 16) deixa claro que questões relacionadas ao fundo do direito de guarda de crianças transferidas ou retidas ilicitamente em outros países somente podem ser decididas pela Justiça do Estado em cujo território o menor possua residência habitual, ou seja, no país de origem. O objetivo dessa proibição é impedir que o genitor que transferiu ilicitamente o menor se beneficie da jurisdição que lhe é mais favorável, impondo ao outro genitor as dificuldades que um simples cruzar de fronteiras pode gerar para adequada defesa do poder familiar.

Tal proibição de decisão sobre o mérito do direito de guarda (“fundo”) não é absoluta, pois esta será cessada nas seguintes situações, expostas no item 121 do *Explanatory Report* de Pérez-Vera⁹⁰:

- a) o estabelecimento das condições da criança, seja pela existência de um acordo entre as partes, seja pela rejeição das exceções previstas nos artigos 13 e 20, da Convenção em decisão que analisou o pedido, seja pelo acolhimento daquelas;
- b) o transcurso de prazo razoável com a ausência de pedido de restituição;

Não existe regra expressa sobre qual seria esse prazo razoável, o que deverá ser definido em cada caso concreto. Por sua vez, poderá ser utilizado como parâmetro o período de um ano, este mencionado no artigo 12 da Convenção. Conforme comentado no item 1.4, o transcurso desse interregno poderá ser interpretado no sentido de que a criança está adaptada ao novo país.

Sobre a hipótese exposta na letra “b”, a própria relatora aponta que é difícil a sua aplicação após a notificação, isto é, a comunicação sobre o sequestro. Isso se deve à possibilidade da interpretação dada ao termo “período razoável”, uma vez que ao analisar tal prazo em conjunto com o artigo 12, a eventual decisão sobre o direito de guarda tomadas antes do prazo de um ano deveriam considerar o dever de devolver a criança:

Por outro lado, uma vez que a «comunicação» que pode justificar a proibição de decidir sobre o mérito da causa deve resultar de um pedido de retorno da criança apresentado diretamente pela recorrente ou de uma comunicação oficial da Central Autoridade do mesmo Estado, é difícil ver como casos em que o aviso não é seguido por uma aplicação não seriam contidos na primeira hipótese. Além disso, se tais situações existirem, a ambiguidade na frase "tempo razoável" pode levar a que as decisões sejam tomadas antes que o período de um ano, contido no artigo 12, primeiro parágrafo, tenha expirado; em tal caso, esta decisão coexistiria com o

⁹⁰ Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Item 121. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/exp128.pdf>>. Acesso em 30 set. 2018.

dever de devolver a criança, de acordo com a Convenção, dando origem a um problema que é tratado no artigo 17. (Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 121, tradução nossa)⁹¹

Carmen Tibúrcio critica a tradução dessa expressão para o português, pois, diferentemente, do que ocorre na redação em inglês, dá a entender que o “período razoável” poderá ser contado da apresentação do pedido de retorno pelo demandante e não da comunicação da remoção/subtração. Surge o problema, então, do possível decurso do prazo relevante entre o recebimento da informação e a apresentação do pedido de retorno, o que prejudica aquele que pleiteia a volta do menor.⁹²

Em relação a este artigo, também existe a questão do seu eventual conflito com o princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88) ao limitar a apreciação sobre o mérito do direito de guarda, o que inexiste. Afinal, o referido princípio está direcionado ao jurisdicionado, no caso, o autor da ação; e a restrição prevista no artigo 16 da Convenção, ao próprio Poder Judiciário.

Sob esse ponto de vista, o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 do STF deliberou:

Trata-se de uma recomendação às autoridades administrativas e judiciais dos países contratantes, para evitar que estas sejam involuntariamente utilizadas pelo(s) sequestrador(es) para legitimar a atitude reprovável do deslocamento ou retenção ilícita. Isto não conflita com o princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto na Constituição Federal, haja vista que, como afirmado acima, o juízo que tem competência é do local da residência habitual, como determina a LICC, em seu art. 7º. Portanto, uma vez provocado o Poder Judiciário brasileiro, porquanto qualquer pessoa tem o direito subjetivo de ação, este terá de pronunciar-se sobre o caso e, uma vez informado o deslocamento ou retenção ilícita, somente após a apreciação do pedido de restituição é que o Poder Judiciário brasileiro poderá se manifestar sobre a questão de fundo que é a guarda. Cuidar-se-ia aqui de uma prejudicial ao exame do mérito da guarda.⁹³

⁹¹ *On the other hand, since the ‘notice’ which may justify the prohibition against deciding upon the merits of the case must derive either from an application for the return of the child which is submitted directly by the applicant, or from an official communication from the Central Authority of the same State, it is difficult to see how cases in which the notice is not followed by an application would not be contained within the first hypothesis. Moreover, if such situations do exist, the ambiguity in the phrase ‘reasonable time’ could lead to decisions being taken before the period of one year, contained in article 12, first paragraph, has expired; in such a case, this decision would coexist alongside the duty to return the child, in accordance with the Convention, thus giving rise to a problem which is dealt with in article 17.*

⁹² CALMON e TIBÚRCIO, Op. cit., p. 319.

⁹³ Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças Anotado pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal, p. 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao/haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em 20 out 2018.

Mônica Sifuentes⁹⁴ menciona que o artigo 16 é fundamental para aplicação da Convenção de Haia de 1980, pois o juiz natural para a análise do mérito do direito de guarda é o juiz da residência habitual anterior à subtração ou retenção ilícita do menor, pois tem acesso mais fácil aos meios de prova, bem como deve-se considerar que sob aquela jurisdição a criança desenvolveu boa parte das suas relações familiares, sociais, culturais, entre outras:

O juiz do local da residência habitual do menor, anterior à subtração ou retenção ilícita foi considerado, pela Convenção, como o juiz natural para se resolver a questão relativa à sua guarda. Não se trata, portanto, de simplesmente devolver à criança ao outro genitor que ficou privado do seu convívio, mas de encaminhá-la à autoridade competente para decidir quem deverá exercer o direito de guarda do menor. A Convenção parte do pressuposto de que o juiz ou a autoridade do país da última residência habitual dispõe de melhores meios para colher provas e avaliar qual dos pais deve ficar com a criança. Leva o texto convencional em consideração ser naquele local que o menor cultivava o seu círculo de amizades, frequentava a escola, o comércio, a vizinhança, enfim, era ali que se constituía o centro das suas atividades.

Também em prol da convivência familiar, foi redigido o seguinte enunciado do Grupo de Pesquisa coordenado pelos professores Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon na EMARF da 02ª Região:

23. A Convenção de Haia parte do pressuposto de que o melhor interesse da criança é o de conviver com as famílias de ambos os genitores e suas respectivas famílias, na forma determinada pelo juízo de sua residência habitual, ou seja, seu juiz natural.⁹⁵

A nacionalidade da criança, mais uma vez mencionada, não será considerada para fins de determinação do Estado competente, para fins de deliberação sobre o direito de guarda e de visitas, pois tal norte será a residência habitual do menor. É o que expõe o Ministério das Relações Exteriores em Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores⁹⁶:

A Convenção parte do princípio de que o foro competente mais adequado para apreciação de questões sobre a guarda de crianças corresponde ao Juízo/local do país/estado de sua residência habitual (ao invés do país de nascimento, da cidadania dos genitores ou onde se encontra residindo no momento do acionamento dos

⁹⁴ SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição X Direito de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 59, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁹⁵ CALMON e TIBÚRCIO. *Op. cit.*, p. 318.

⁹⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores, 2016, p. 31. Disponível para download em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Multiplicadores_OK.pdf>. Acesso em: 13 out 2018.

mecanismos da Convenção). Assim, na aplicação da Convenção, o juiz não levará em consideração a nacionalidade dos envolvidos.

Dentre o acervo jurisprudencial sobre o sequestro internacional de crianças, vale destacar os seguintes julgados que exemplificam a primazia dada pelos tribunais brasileiros ao artigo em comento:

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, DE 25/10/80 – DECRETO Nº 3.413/2000 – COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL – RESTITUIÇÃO DE MENORES À NORUEGA – A UNIÃO FEDERAL É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO ATIVO DA DEMANDA – PRECEDENTES DO STJ E DO TRF-2ª REGIÃO – GUARDA E JURISDIÇÃO (ARTS. 16, 17 E 19 DO DECRETO Nº3.413/2000) – SEGURANÇA DENEGADA. I – A cooperação judiciária internacional pode se dar pela via da carta rogatória, através da homologação de sentença estrangeira ou diretamente, como é o caso dos autos, hipótese em que a União Federal não pretende executar em solo nacional a sentença estrangeira, mas tão-somente obter uma “decisão brasileira de restituição de menores à Noruega”, com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, à qual o Brasil aderiu, tendo-a incorporado ao ordenamento jurídico pátrio. II – A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 3.413 de 14 de abril de 2000 – prevê explicitamente a promoção de medidas judiciais tendentes à restituição ao país de residência habitual de menores ilicitamente transferidos para o território nacional. III – a União postula, pela via oblíqua, os interesses da Noruega – Estado requerente da cooperação judiciária internacional – de ver restituídos para o seu território os menores que ali residiam até o momento da ilícita transferência para o Brasil. IV – Em sede de cooperação judiciária direta, não se busca o cumprimento de ordem judicial estrangeira, pretendendo-se, no caso vertente, a obtenção de decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega. V – Precedentes: STJ Resp 954.877; TRF – 2ª Região AC 200551010097929). **VI – A questão da guarda e a jurisdição apropriada para apreciá-la são matérias disciplinadas pela Convenção de Haia nos dispositivos dos arts. 16, 17 e 19, não cabendo à Justiça brasileira tomar para si o conhecimento de questão que compete à jurisdição de outro Estado.** VII – Ainda que exista decisão do Judiciário Brasileiro definindo questões de guarda e visitas, o Estado Brasileiro, por meio do Poder Judiciário, não pode negar pedido de restituição de menores se os requisitos do Tratado estiverem presentes. **VIII – A decisão tomada nos autos de ação de guarda não pode impedir o cumprimento de decisão que deferiu a restituição dos menores, ou mesmo prejudicar o prosseguimento da ação por meio da qual se busca tal devolução, sob pena de afronta aos compromissos internacionais da República Federativa do Brasil assumidos quando da ratificação e internalização da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.** IX. Segurança denegada, cassando-se liminar ab initio concedida no presente mandamos.(MS 2009.02.01.004118-6 TRF 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 28/07/2009, Relator (a) Desembargador Federal Raldenio Bonifacio, grifo nosso).

INTERNACIONAL. REMOÇÃO ILÍCITA DE MENOR. CONVENÇÃO DE HAIA. MÉRITO DA GUARDA. IMPERTINÊNCIA. INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Dos termos do art. 7º, letra f, da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia, 25.10.1980), promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14.04.2000, depreendem-se a legitimidade ativa ad causam e o interesse processual da União, porquanto foi designada, no Brasil, como autoridade central a Secretaria de Estados dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Demais, o pai do menor

ingressou no processo como litisconsorte ativo superveniente, tanto quanto basta para justificar o exame do *meritum causae*. 2. Para determinar a ocorrência de transferência ou retenção ilícitas, prescreve o art. 14 da Convenção, as autoridades judiciais do Estado requerido “poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis”, inexistindo afronta ao art. 105, I, da CF, inclusive porque o conhecimento direto das decisões estrangeiras assim previsto não está sujeito à eficácia vinculante típica de decisões judiciais transitadas em julgado. 3. Inexiste *error in procedendo* se o juiz não esmiúça provas que se mostram irrelevantes à vista do entendimento consagrado na sentença. **4. A ratio essendi da Convenção sobre Seqüestro é coibir o deslocamento ilegal de crianças e permitir a rápida devolução ao país de sua residência habitual anterior ao seqüestro, onde deverá ser apreciado o mérito do direito de guarda (arts. 16 e 17). A idéia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo que estes estejam vivendo em países diferentes.** 5. As exceções à regra da devolução da criança (artigos 13 e 20) devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de a Convenção se tornar letra morta e admitir-se o estímulo à remoção ilícita, na medida em que a divergência entre os pais seria transferida ilegalmente para apreciação na jurisdição à qual a criança foi sequestrada, provavelmente o país do sequestrador. Como ensina Jacob Dolinger, as exceções devem ser entendidas em caráter humanitário, “visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão”. **6. Como decidiu a Suprema Corte da Argentina, o “ objetivo da Convenção da Haia é precisamente procurar o melhor interesse da criança (Convenção dos Direitos da Criança), dando fim ao deslocamento ou à manutenção ilícita.”** 7. A Convenção da Haia atende perfeitamente não apenas aos direitos “à liberdade e à convivência familiar e comunitária” do menor – que não se reduzem, por óbvio, à família e comunidade do sequestrador -, assegurados na Constituição da República (art. 227), como também ao direito de ser a criança cuidada pelos pais e de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas, como asseguram os artigos 7º e 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. 8. Apelação improvida. (AC 399087 TRF 2ª Região, 7ª Turma Especializada, Data de Julgamento: 17/10/2007, Relator(a) JUIZ LUIZ PAULO S ARAUJO Fº/no afast. Relator, grifo nosso).

Não obstante a restrição imposta pelo décimo sexto artigo convencional, é possível que já exista ou, pelo menos, esteja na iminência de existir uma decisão sobre o direito de guarda no Estado de refúgio. Nesse caso, a Convenção prevê em seu artigo 17 que a referida decisão não poderá ser utilizada como motivo para recusar eventual pedido de retorno do menor. Entretanto, os seus fundamentos não poderão ser desconsiderados:

Artigo 17. O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja de passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

Trata-se de uma verdadeira hipótese de prejudicialidade externa, haja vista não poder afastar a eventual decisão já existente sobre o mérito da guarda de modo a justificar o indeferimento do pedido de retorno.

Artigo 19. Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente convenção não afetam os fundamentos do direito de guarda.

Esse dispositivo reproduz a essência do artigo 16 de modo a reforçar a ideia de que não se discute o direito de guarda em si na análise do pedido de retorno do menor sob o âmbito da Convenção.

Sob a mesma lógica, o STJ já decidiu no sentido de que as ações ajuizadas com fulcro na Convenção de Haia de 1980 não são cabíveis para decidir o mérito da regulamentação de visitas, expondo a sua interpretação do artigo 21 do diploma:

[...] 10. Quanto à suscitada ofensa aos arts. 20., alínea b e 21 da Convenção de Haia de 1980, bem como ao art. 90., III da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, também não merece provimento o Apelo. O STJ possui o entendimento de que a Ação fundada na Convenção de Haia de 1980 não se presta a definir o próprio fundo do direito, que neste caso corresponde à regulamentação do direito de visitação. 11. Na realidade, o que a Convenção busca tutelar, conforme esclarecido na alínea b de seu art. 20, é o direito já existente em um dos Estados contratantes – seja ele a guarda ou a visitação – e que esteja sendo descumprido. O fundo do próprio direito, por outro lado, é matéria a ser definida pela Justiça Estadual [...].⁹⁷

Pouco explorada pelos doutrinadores brasileiros, questiona-se sobre a possibilidade de o juiz nacional homologar acordo sobre o direito de guarda e de visitas celebrado entre os pais, este ajuste de vontades, aliás, que permite a análise do mérito do direito de guarda, tal como verificado no acima comentado item 121 do Relatório Explicativo. Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon entendem que é viável tal procedimento, cujo juiz responsável será o federal em razão do interesse da União sobre os efeitos de tal ajuste sobre a análise do pedido de retorno do menor:

[...] É fato que essa homologação é questão incidente e prejudicial à discussão sobre a restituição da criança e ocorrerá no curso desse processo. Não se coaduna com o bom-senso e ao próprio princípio da economia processual entender que o acordo formulado no curso do processo de restituição deva ser remetido ao juiz de família apenas para a sua homologação e, após, seja o feito reencaminhado ao juiz federal,

⁹⁷ STJ – AREsp: 1014656SP2016/0296467-0, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 13/09/2018. Data de Publicação: 03/10/2018). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633576093/agravo-em-recurso-especial-aresp-1014656-sp-2016-0296467-0>>. Acesso em: 12 out. 2018.

que então encerrará a ação com base na Convenção de Haia. Há que se ponderar que a realização do acordo entre as partes terá consequências imediatas na apreciação do pedido de retorno da criança, motivo pelo qual a União Federal passará a ter interesse direto na sua consecução, na qualidade de terceiro. Não se pode, portanto, negar essa competência extraordinária ao juiz federal para apreciar a questão incidente, que se refere ao acordo e que ocorre nos próprios autos do pedido de restituição (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 323).

Enfim, de maneira salutar, pode-se constatar que, diferentemente do cenário anterior em que a guarda era fixada no Estado de refúgio como forma de consagrar a indevida vitória do genitor subtrator, a competência passa a ser do país da antiga residência habitual do menor, salvo as exceções anteriormente comentadas. Dessa forma, o princípio do melhor interesse será aplicado de acordo com a legislação daquele Estado, no qual a criança se desenvolveu em todos os aspectos. Nos termos expostos pela juíza de enlace Sifuentes, “somente a decisão de mérito sobre o direito de guarda, no juízo competente, colocará um ponto final no litígio instaurado”.⁹⁸

3.3. Conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual: a dualidade existente no Estado brasileiro

Diante da organização do Estado Brasileiro como uma federação, aliás, cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, I da CF/88), verifica-se a coexistência da Justiça Federal e da Justiça Estadual, também chamada de Justiça residual, cujas competências estão respectivamente elencadas nos artigos 109 e 125, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a dualidade de jurisdições, tal como mencionado no item 2.2 deste trabalho, implica num verdadeiro óbice na cooperação jurídica internacional célere por parte do Brasil. Mônica Sifuentes⁹⁹ explica o motivo pelo qual desse empecilho:

No entanto, não tem sido incomum serem as duas jurisdições acionadas para resolver a mesma situação de conflito decorrente da subtração ou retenção da criança no Brasil. Isso ocorre porque, em geral, os genitores ou aqueles que forem responsáveis pela subtração do menor, ao chegarem ao País, imediatamente se dirigem ao juiz de família nos Estados para solicitar a sua guarda provisória, que geralmente não é negada pelos juízes. A autoridade central brasileira, por sua vez, ao receber o pedido de cooperação jurídica e não logrando obter a restituição espontânea do menor, encaminha o caso para a Advocacia da União, que dá entrada ao processo de restituição do menor no âmbito da Justiça Federal. Surge um elemento complicador, que é a existência de duas ações paralelas, uma na Justiça Federal, para decidir sobre a restituição do menor ao seu país de origem, com base na Convenção de Haia de 1980, e outra na Justiça estadual, com o objetivo de

⁹⁸ SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição X Direito de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 60-61, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁹⁹ *Ibidem*, fls. 61.

decidir com quem ficará a guarda. O impasse acaba por causar maiores delongas no procedimento.

Trata-se de um verdadeiro conflito de competência, incidente com previsão legal expressa no artigo 66 do CPC 2015¹⁰⁰. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, trata-se de um incidente processual no qual dois ou mais juízes declaram-se competentes (conflito positivo de competência) ou incompetentes (conflito negativo de competência) para a análise da causa. Também pode ocorrer na hipótese de controvérsia sobre a reunião ou separação de processos.¹⁰¹

As partes, o Ministério Público e o juiz poderão suscitar o conflito de competência, com a ressalva de que o órgão ministerial atuará como parte nos conflitos por ele suscitados e como *custus legis* nos demais.

Em relação à competência para a apreciação do incidente, esta será do Tribunal de Justiça quando abrange juízes estaduais; do Tribunal Regional Federal quando envolve juízes federais. O Superior Tribunal de Justiça será competente, nos termos do artigo 105, I, *d* da CF/88, quando o conflito ocorrer “entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto 102, I, *o*, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos”. Por fim, a competência será da Suprema Corte, ou seja, do STF, quando o conflito ocorrer entre o STJ e outros tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e outro tribunal (artigo 102, I, *o*, CF/88).

No caso em tela, isto é, no sequestro internacional de crianças, o conflito de competência existe entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, razão pela qual tal incidente será de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, conforme expresso no artigo 21, inciso I e artigo 109, inciso III, ambos da Carta Constitucional de 1988, deve-se frisar que não há dúvidas de que a Justiça Federal seja

¹⁰⁰ Art. 66. Há conflito de competência quando: I - 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes; II - 2 (dois) ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência; III - entre 2 (dois) ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos. Parágrafo único. O juiz que não acolher a competência declinada deverá suscitar o conflito, salvo se a atribuir a outro juízo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 13 out. 2018.

¹⁰¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (coord.). Direito Processual Civil esquematizado. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 144.

competente em razão da matéria para apreciar causas decorrente de tratados ou contratos internacionais celebrados entre a União e o Estado estrangeiro. Insta ressaltar que basta a presença daquele ente federativo na celebração do pacto internacional, tal como explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Perceba-se que esse dispositivo dispensa a presença da União no processo, já que nesse caso aplicar-se-ia p art. 109, I, da CF. A única participação da União foi na celebração do contrato ou do acordo, não participando do processo em que um dos dois será o objeto da controvérsia [...] (NEVES, 2017, p. 263).

Pode-se afirmar, portanto, que a Justiça Federal detém competência para apreciar a ação de busca e apreensão, ou seja, afeta ao pedido de restituição formulado nos termos da Convenção. As incertezas recaem sobre a possibilidade ou não da análise da regulamentação de guarda ser feita por tal órgão do Poder Judiciário.

Por tal motivo, cabe analisar quais institutos são utilizados ou, ao menos, recomendados a serem aplicados no ordenamento jurídico, para fins de se tentar resolver o conflito de competência existente entre as jurisdições de âmbito federal e estadual para a apreciação do direito de guarda no Estado Brasileiro, quando aplicada não somente a legislação nacional, mas também a Convenção de Haia de 1980.

3.3.1. A possibilidade de conexão de ações: o posicionamento do STJ

Em relação à aplicação do artigo 16, é inquestionável a dificuldade existente diante da tramitação de ações paralelas sobre o direito de guarda. Existe a recomendação por parte do Grupo de Pesquisa do EMARF de que o juiz estadual, antes de analisar ação relativa a Direito de Família com a presença dos pressupostos do artigo 4º da Convenção, oficiará à Autoridade Central brasileira, ou seja, a SDH, para constatar se existe qualquer procedimento em trâmite sobre o mesmo caso, mas sob os ditames da Convenção:

41. Sempre que o juízo estadual receber uma demanda fundada em questão de Direito de Família, envolvendo a situação jurídica de uma criança ou adolescente até 16 anos, e que tenha réu com domicílio ou residência no exterior, deve officiar à Autoridade Central brasileira para verificar a eventual existência de procedimento instaurado com base na Convenção.¹⁰²

¹⁰² CALMON e TIBÚRCIO. Op. Cit. p. 319.

Não obstante tal orientação, tem sido utilizado o instituto processual da conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda, para fins de se evitar eventuais decisões contraditórias. De maneira sucinta, Marcus Vinícius Rios Gonçalves conceitua a conexão como “mecanismo processual que permite a reunião de duas ou mais ações em andamento, para que tenham um julgamento conjunto.”¹⁰³ O mesmo autor ainda explica quando será cabível a conexão, ou seja, com a identidade de causa de pedir e pedido:

O art. 55, caput, do CPC estabelece que são conexas duas ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. Portanto, desde que tenham um elemento objetivo comum. Não basta coincidência apenas de partes. Mas nem sempre a utilização desse critério será suficiente para identificar quando deverá haver a reunião. É preciso que ele seja conciliado com outro, finalístico, em que o julgador deve ter em mente as razões fundamentais para que duas ações sejam reunidas: em primeiro, evitar decisões conflitantes; e, em segundo, favorecer a economia processual.

É o que vem sendo reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo posicionamento majoritário estabelece que a reunião de ações decorrente do reconhecimento da conexão deverá ser feita perante a Justiça Federal devido à sua competência absoluta.

Sobre a conexão entre ações relativas ao sequestro internacional de crianças, o STJ possui os seguintes precedentes:

Conflito positivo de competência. Justiça Federal. Justiça Estadual. Guarda de Menor. 1. O conflito positivo de competência está caracterizado em razão da existência de duas demandas, que tratam da guarda da menor, configurada a conexão prevista no art. 103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto a reunião dos feitos (art. 105 do Código de Processo Civil). A presença da União Federal como autora de uma das ações impõe a competência da Justiça Federal para o julgamento das demandas, tendo em vista a exclusividade do foro, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal. 2. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações. (Conflito de competência n. 64.012/TO, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Segunda Seção, DJ de 09/11/2006).

CONFLITO POSITIVO DE COMPETENCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR EM QUE FIGURA COMO AUTORA A UNIÃO. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR TRAMITANDO NA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONEXÃO EXISTÊNCIA. Demonstrada a conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda de menor, ambas envolvendo o mesmo objeto, qual seja, a guarda da criança, justifica-se a reunião de ambas para julgamento conjunto, a fim de que decisões conflitantes sejam evitadas. Na hipótese, tendo em vista que a União Federal é parte autora numa das ações, competente é o juízo federal para processar e julgar a lide. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo suscitante. (Conflito de Competência n. 64.120/PR, Relator Ministro CASTRO FILHO, DJ de 25/10/2006).

¹⁰³ GONÇALVES, Op. Cit., p. 139.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA CUMULADA COM POSSE E GUARDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL COM FUNDAMENTO A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. 1. A conexão afigura-se entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade de objeto ou de causa de pedir, impondo a reunião das demandas para julgamento conjunto, evitando-se, assim, decisões contraditórias, o que acarretaria grave desprestígio para o Poder Judiciário. 2. Demonstrada a conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição e a ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva cumulada com posse e guarda, ambas com o mesmo objeto comum, qual seja, a guarda do menor, impõe-se a reunião dos processos para julgamento conjunto (arts. 115-III, e 103, CPC), a fim de se evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si. 3. A presença da União Federal nas duas causas, em uma delas na condição de autora e na outra como assistente, torna imprescindível a reunião dos feitos perante a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal. 4. Ademais, o objeto de uma das demandas é o cumprimento da de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, III, da Constituição Federal). 5. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado Rio de Janeiro, determinando-lhe a remessa pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ dos autos da ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva (CC 100.345/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 18/03/2009).

Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon se demonstraram contrários à reunião de feitos perante a Justiça Federal e ao conseqüentemente julgamento definitivo da ação de guarda por esta:

No entanto, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como visto. Considera aquela egrégia Corte que as ações devem ser reunidas no foro federal, em razão da conexão existente entre elas. O fundamento dos acórdãos do STJ que decidem o conflito de competência a favor da Justiça Federal é a existência de conexão entre as ações, nos termos do artigo 103 do CPC¹⁰⁴ e não a norma do artigo 16 da Convenção da Haia. Pelo entendimento constante dos acórdãos do STJ o Juiz Federal estaria legitimado a decidir sobre a guarda da criança em razão da conexão. Essa não parece no entanto, ser a melhor solução. A uma, porque uma vez decidida a questão prejudicial, qual seja, a restituição ou não da criança, qualquer que seja o resultado, finda está a competência do juiz federal para a questão. A duas, porque acaso o juiz federal decida que a criança não deve ser restituída ao país de origem, mas, ao contrário, deve ficar no Brasil, a União também não terá mais interesse no feito, pois o litígio, a partir de então, passará a ser relativo apenas a interesses privados (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 322).

Entretanto, interessante considerar a ressalva exposta no enunciado nº 6 do Grupo de Pesquisa do EMARF, aliás, coordenados por ambos os juristas. Embora o Juízo Federal não seja competente para decidir sobre o mérito do direito de guarda em ação de busca e apreensão de menor, poderá, entretanto, conceder tutelas de urgência de modo a garantir o direito de guarda ou de visitas passível de perecimento:

¹⁰⁴ Correspondente ao atual artigo 55 do Código de Processo Civil de 2015.

6. O juiz federal não tem competência para decidir, em caráter definitivo, sobre aspectos relativos à guarda da criança, podendo, **excepcionalmente**, promover medidas provisórias e urgentes sobre guarda e visitação (grifo nosso).¹⁰⁵

Segundo não somente esses autores, mas também Mônica Sifuentes¹⁰⁶, com ambas as ações perante a Justiça Federal, poderá o juiz julgar o pedido de restituição procedente, o que irá prejudicar o julgamento da ação de guarda, mas também poderá julgar o pleito restitutivo improcedente, o que implicará no fim da competência da Justiça Federal. Desse modo, resolvida a lide no sentido de manter a criança no País, o feito deverá ser remetido para a Justiça Estadual, esta competente para a análise da guarda e, por consequência, da eventual regulamentação de visitas e fixação de alimentos, agora sob a égide integral da legislação pátria, principalmente o Código Civil de 2002 e do Código de Processo Civil de 2015.

3.3.2 A suspensão do processo perante o Justiça Estadual como medida alternativa

Diferentemente do posicionamento majoritário adotado pelo STJ, a juíza de enlace Mônica Sifuentes¹⁰⁷ entende ser mais razoável a suspensão da ação em trâmite perante a Justiça Estadual:

Por esse motivo, sendo absoluta a competência da Justiça Federal e de ordem pública a matéria tratada na ação que nela tem curso (tratado internacional), deveria o juiz federal solicitar ao juiz estadual de onde tramita a ação de guarda que suspenda o processo, em virtude do art. 265, IV, a, do CPC¹⁰⁸. Isso porque a questão relativa ao retorno da criança terá consequências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à sua guarda.

Nessa mesma perspectiva, Carmen Tibúrcio e Guilherme Calmon expõem a suspensão do processo sobre o direito de guarda como a medida cabível diante da organização do Poder Judiciário pátrio, podendo, inclusive, o juiz federal decidir provisoriamente sobre esse direito e o seu consequente, o direito de visitas, conforme o enunciado nº 6 anteriormente transcrito no item 3.3.1:

¹⁰⁵ CALMON e TIBÚRCIO. Op. Cit. p. 318.

¹⁰⁶ Cf. SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição X Direito de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. In Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 63.

¹⁰⁸ Correspondente ao atual artigo 313, V, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Poderá ocorrer, ainda, no caso de haver dualidade de jurisdições (federal e local), que o juiz está analisando o pedido de guarda provisória, feito preventivamente pelo autor da subtração no país do refúgio, não seja o mesmo que recebeu o pedido de restituição da criança, com base na Convenção. Nesse caso, o juiz competente para apreciar a restituição, que no Brasil é o Juiz Federal, comunicará ao Juiz de Família (local), responsável pelo processo de guarda, que se encontra em curso o procedimento de retorno previsto na Convenção de Haia. O Juiz de Família deverá então suspender o processo relativo ao pedido de guarda da criança, até que se decida acerca da procedência ou improcedência do pedido de retorno. Essa proibição, no entanto, não impede, quando cabível, a utilização de medidas acauteladoras no próprio processo de restituição, como, por exemplo, o deferimento de guarda provisória ou mesmo a regulação provisória do direito de visita, tudo com vistas a atender ao interesse superior da criança (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p 320-321).

De maneira complementar ao seu posicionamento, ambos os autores com apoio do seu Grupo de Pesquisas da EMARF da 02ª Região redigiram o enunciado nº 7 ¹⁰⁹:

7. Julgado improcedente o pedido de retorno, caberá ao juízo estadual decidir sobre o direito de guarda, nos termos do artigo 16, aplicando o direito material brasileiro, com fundamento no artigo 7º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

O artigo 7º da LINDB/Decreto-Lei nº 4657/1942 ¹¹⁰(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece a aplicação da lei do país em que a pessoa esteja domiciliada às ações afetas ao direito de família.

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.

Outrossim, Maria Berenice aponta que a competência para o exame das ações decorrentes do direito de família cabe às varas especializadas, isto é, as varas de família, quando estas forem existentes, claro. E mais, a mera presença de interesses de menores não justifica o deslocamento da ação para a Vara da Infância e Juventude, pois esta apenas será competente quando a criança ou adolescente tiverem os seus direitos ameaçados ou violados, seja por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão de sua conduta:

Sempre que é acionada a jurisdição, faz-se necessário identificar o juízo competente: vara de família ou infância e juventude. As questões de família são solvidas nos juizados especializados da família. O simples fato de disputas envolverem crianças não desloca a demanda para o juízo infanto-juvenil. Ainda que pais ou representantes se encontrem em conflito, não estando o filho afastado de uma estrutura familiar e nem se encontrando em situação de risco (ECA 98), o juízo é o

¹⁰⁹ CALMON e TIBÚRCIO. Op. Cit. p. 318.

¹¹⁰ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 18 out. 2018.

da família. Assim, o que define a competência é a situação familiar em que se encontra a criança envolvida na demanda (DIAS, 2017, p. 84).

Sob a jurisdição brasileira, é competente para apreciar as demandas nas quais versem sobre os interesses de crianças e adolescentes a do domicílio daquele que detém a sua guarda, nos termos do artigo 147 do ECA¹¹¹ e artigo 50 do CPC/2015, aliás, entendimento consubstanciado na Súmula 383, do STJ:

Súmula n. 383. A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.¹¹²

Prevista nos artigos 313 a 315 do CPC/2015, a suspensão do processo consiste na paralisação do processo pela ocorrência de algum ato (in) voluntário sem, no entanto, retirar a validade e eficácia dos atos até então praticados. Humberto Theodoro Júnior ainda acrescenta que “no caso de simples suspensão, tão logo cesse o efeito do evento extraordinário que a causou, a movimentação do processo se restabelece novamente”.¹¹³

As hipóteses de suspensão do processo estão elencadas no artigo 313 do CPC, sendo a mais relevante na matéria em comento o caso de prejudicialidade (inciso V, alínea a):

Artigo 313. Suspende-se o processo:

[...]

V – quando a sentença de mérito:

- a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

Prejudiciais são questões de mérito concernentes à (in)existência de uma relação jurídica consistentes em verdadeiros antecedentes lógicos à solução da lide principal, embora não constituam o mérito da causa desta. Podem ser apreciadas pelo mesmo juiz

¹¹¹ Art. 147. A competência será determinada: I - pelo domicílio dos pais ou responsável; II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável. § 1º. Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção. § 2º A execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente. § 3º Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 18 out. 2018.

¹¹² Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula383.pdf>. Acesso em 18 out. 2018.

¹¹³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil. vol. 1. 56. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 717.

responsável pela questão principal (prejudiciais internas) ou são objetos de outro processo pendente (prejudiciais externas). Pode-se dizer que o artigo 313, inciso V, alínea *a* abarca a segunda espécie de prejudicial.

Humberto Theodoro Júnior¹¹⁴ entende que diante da possibilidade da reunião dos processos perante um único juízo, ou seja, da conexão de causas, não há motivo para se aplicar a suspensão. Em outras palavras, a conexão seria uma regra geral e a suspensão uma exceção, a ser aplicável em determinados casos. Um desses, por exemplo, abrange a incompetência absoluta entre as Justiças perante as quais tramitam os processos, o que configura uma das consequências da aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil, isto é, a ação de busca e apreensão ser julgada perante a Justiça Federal e a eventual ação de guarda existente perante a Justiça Estadual:

Quase sempre a prejudicialidade gera conexão de causas em virtude da causa comum ou da identidade de objeto que se apura entre a causa prejudicial e a prejudicada. Em tal situação, e sendo a questão prejudicial da competência do mesmo juiz da causa prejudicada, ainda que figure em outro processo, nenhuma razão lógica ou jurídica existe para aplicar-se o disposto no art. 313, V. O processo não se suspenderá e, ao contrário, sendo comum nos dois feitos o objeto ou a causa de pedir, a regra a observar será a da reunião dos processos para julgamento comum, numa só sentença, em que a questão prejudicial será, obviamente, apreciada em primeiro lugar (art. 55, § 1º). Muitas vezes, porém, a prejudicialidade externa não enseja oportunidade de reunir os dois processos, na forma do art. 55, § 1º, pois poderá ocorrer que: (a) a competência seja diferente em caráter absoluta, como se passa entre ação penal e a civil, ou entre feitos afetos à justiça comum e à especial etc.; [...] É claro que em todos esses casos o julgamento único dos processos encontrará obstáculo intransponível, dando ensejo à suspensão da causa prejudicada, para aguardar-se a solução da prejudicial, nos termos do art. 313, V, a.

Seguindo tal lógica expressa, existe consistente acervo jurisprudencial de modo a não remeter os autos relativos à regulamentação do direito de guarda para a Justiça Federal, mas suspender o feito perante a Justiça Estadual, esta sim competente para a apreciação da questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA PARA A VARA FEDERAL, ONDE TRAMITA AÇÃO DE SEQUESTRO COM BASE NA CONVENÇÃO DE HAIA. RECURSO PROVIDO PARA AFIRMAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. Agravo de instrumento manejado em face de decisão que declinou da competência em favor de Vara Federal onde tramita ação de sequestro com fundamento na Convenção de Haia. 2. Jurisprudência do STJ afirmando que a competência para a ação de guarda, fundada no direito de família, é da Segunda Seção, de direito privado, mas a competência para a ação de repatriação, proposta pela União, em cumprimento a

¹¹⁴ JÚNIOR, Op. cit., 717.

tratado internacional, é da Primeira Seção (Regimento interno, art. 9º). 3. E a Segunda Seção do STJ já firmou entendimento no sentido de que a competência para processar e julgar as ações que envolvam interesses do menor é determinada pelo domicílio de quem detém sua guarda, nos termos do art. 147, I, do ECA. 4. Menor que nasceu no Brasil e aqui reside desde 2009. Competência da Vara de Família onde a ação de guarda foi ajuizada em 2010. 5. Recurso provido para declarar a competência da Justiça Comum e para determinar a suspensão do feito até a solução final na ação que tramita na Justiça Federal. (TJ-RJ – AI: 00597608420148190000 RJ 0059760-84.2014.8.19.0000, Relator: DES. ANTONIO IDOIZIO BARROS BASTOS, Data de Julgamento: 14/01/2015. Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 16/01/2015).

Relevante comentar que, nos termos do artigo 314 do diploma processual pátrio¹¹⁵, não é permitida a prática de qualquer ato processual no processo suspenso. No entanto, poderá o juiz praticar atos reputados urgentes, para fins de afastar eventual dano irreparável.

É o que foi acatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grande do Sul, cuja decisão considerou a exceção apresentada na segunda parte do artigo 13 da Convenção (grave risco de perigos de ordem física ou psíquica ou sujeição a qualquer situação intolerável):

[...] PEDIDO DE REPATRIAMENTO DA FILHA MENOR DO CASAL FORMULADO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL – ARTIGOS 13, ‘B E ‘6 DA CONVENÇÃO DE HAIA PEDIDO QUE IMPLICA NA SUSPENSÃO DO CURSO DA AÇÃO EM RELAÇÃO À GUARDA DA MENOR E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA APLICAÇÃO DO ARTIGO 265, IV, a, DO CPC, ATÉ JULGAMENTO DO PEDIDO DE REPATRIAMENTO. RECURSO, NO PONTO, PROVIDO. O pedido de repatriamento do filho do casal perante a Justiça Federal impede decisão de mérito sobre o direito de guarda e regulamentação de visita, por força do artigo 16 da Convenção de Haia, aplicando-se, na espécie, o artigo 265, IV, a, do CPC (prejudicialidade externa), até julgamento daquele pedido pela Justiça Federal. Todavia, em razão do disposto no artigo 13, b, da mesma Convenção, é lícito à Justiça Comum, deliberar sobre a guarda provisória da filha do casal, até mesmo pelo fato de que a ação de guarda (que é pedido cumulado ao de divórcio) foi ajuizada anteriormente ao pedido de repatriamento, devendo ser mantida essa decisão em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido, em parte com o parecer (TJ – MS – AI: 06019073420128120000 MS 0601907-34.2012.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 23/04/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/04/2013).

¹¹⁵ Art. 314. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18 out. 2018.

De grande valia destacar o trecho do julgado acima apresentado em que o relator, além de defender a competência da Justiça Estadual para conhecer o mérito da ação de guarda, também indica que se a Justiça Federal, porventura, apreciar tal direito, o fará de maneira reflexa tão somente como embasamento para resolver a questão principal que lhe foi proposta, ou seja, a restituição do menor:

[...] O Juiz Federal não deliberará sobre a guarda e regulamentação do direito de visita, da competência da Justiça Estadual, mas a tomará apenas por via reflexa para analisar a guarda como mais um dos elementos de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de repatriamento. Quando, muito, então, do pedido de restituição que se processa perante a Justiça Federal, surge uma questão prejudicial externa (artigo 265, IV, a, do CPC), que implica em impedimento, por ora, para a decisão de mérito sobre a guarda da criança. Não, contudo, para deliberar provisoriamente sobre referida guarda, mantida, no caso, com a mãe, como já ocorrido. Essa questão da guarda, assim, não poderá ser definida pela Justiça Estadual, em caráter definitivo, até que a Justiça Federal se pronuncie sobre o pedido de repatriamento da menor, eis que ali não se decidirá sobre a guarda, mas sobre o repatriamento, exclusivamente. Mas decidido o pedido, se for a improcedência, a pretensão aqui deduzida volta a ter curso normal. Daí a validade e eficácia do que já se decidiu até aqui pela Justiça Estadual. Segue-se, apenas, que o processo não poderá prosseguir no que se refere ao pedido de guarda da criança e de definição sobre o direito de visitação, antes que o pedido de repatriação seja decidido pela Justiça Federal. Assim, até lá, posto que provisoriamente, prevalecerá o que já está decidido pela Justiça Estadual, em atenção ao princípio da preservação e proteção do melhor interesse da criança, situação não vedada pelo artigo 16 da Convenção de Haia [...].

Sob a mesma orientação, o Grupo Permenente de Estudos do STF se posiciona com a indicação, inclusive, de outras duas razões pelas quais a suspensão é a providência mais consentânea ao teor da Convenção de Haia:

Não se pode concordar, portanto, com a interpretação de que a questão relativa à guarda possa ser apreciada e decidida pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, da CF, por implicar questão objeto de convenção internacional. A uma, porque não é objetivo da Convenção, como várias vezes assinalado, discutir o direito de guarda, de modo que o Juiz Federal somente poderá, por via reflexa ou indireta, analisar a guarda como elemento de convicção para deferimento ou indeferimento do pedido de retorno; A duas, porque a competência por conexão é relativa, nada obrigando ao juiz que determine a reunião dos processos (art. 105 do CPC); A três, porque já se decidiu que a Justiça Federal é absoluta e improrrogável por conexão: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO E AÇÃO DECLARATÓRIA, AQUELA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL, ESTA PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. AVOCAÇÃO, PELO JUIZ FEDERAL, DA AÇÃO DE EXECUÇÃO, POR ENTENDER OCORRENTE CONEXÃO ENTRE AS DEMANDAS. RECUSA DO JUIZ ESTADUAL, QUE SUSCITA O CONFLITO. A CONEXÃO NÃO IMPLICA NA REUNIÃO DE PROCESSOS, QUANDO NÃO SE TRATAR DE COMPETÊNCIA RELATIVA - ART. 102 DO CPC. A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL, FIXADA NA CONSTITUIÇÃO, É IMPRORROGÁVEL POR CONEXÃO, NÃO PODENDO ABRANGER CAUSA EM QUE A UNIÃO, AUTARQUIA, FUNDAÇÃO OU EMPRESA PÚBLICA FEDERAL NÃO FOR PARTE. (CC 832/MS, Rel. Ministro

ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26.09.1990, DJ 29.10.1990 p. 12119)¹¹⁶

O STJ já decidiu no sentido de suspender a ação de guarda e regulamentação de visitas existente, embora este não tenha sido o seu entendimento dominante:

Conflito de competência. Ação de busca e apreensão proposta na justiça federal com base na Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Ação de guarda e regulamentação de visitas proposta na justiça estadual. Inexistência de decisões conflitantes. Inexistência de conexão. Hipótese de prejudicialidade externa. 1. Na ação de busca e apreensão em curso na Justiça Federal, cinge-se o julgador ao exame da ocorrência de transferência e retenção ilícitas de criança e de eventual motivo para a recusa da restituição. 2. A decisão sobre o fundo do direito de guarda e visitação é o juiz de família. 3. A cooperação internacional estabelecida pela Convenção de Haia tem por escopo repor à criança seu status quo, preservando o juiz natural, assim entendido o juiz do local de sua residência habitual, para decidir sobre a guarda e regulamentação de visitas. 4. Inexiste conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda e regulamentação de visitas, senão, apenas prejudicialidade externa, a recomendar a suspensão desta última. 5. Conflito de competência não conhecido. (STJ, CC132100/BA (2014/0002719-9), 2ª S. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/02/2015, Data da Publicação: 14/04/2015).

No conflito de competência supratranscrito o Senhor Relator Ministro João Otávio de Noronha entendeu inexistir qualquer conflito a ser suscitado, não apenas por ter inexistido qualquer disputa ou recusa por parte da Justiça Federal e da Justiça Estadual, cada qual com as suas respectivas ações, bem como, no caso de suscitação por uma das partes, existe a restrição ao juiz federal em analisar o direito de guarda ou de regulamentação de visitas, nos termos dos artigos 16, 17 e 19:

No presente feito, contudo, não enxergo o apontado conflito de competência. É que, no juízo federal, tramita a ação de busca e apreensão, amparada no compromisso de cooperação internacional previsto na Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Nesse feito, o magistrado limita-se ao exame da configuração da transferência ou retenção ilícitas da criança e, uma vez reconhecida a prática do ilícito, à existência ou não dos motivos que justifiquem a recusa da restituição pretendida, conforme exceções previstas na própria convenção. Não há aqui decisão alguma a respeito do fundo de direito de guarda ou de regulamentação de visitas, matérias reservadas à ação que tramita na Justiça estadual.¹¹⁷

Contudo, ainda existe posicionamento nos Tribunais em favor da conexão, pois a suspensão implicaria numa eventual demora na restituição do menor:

¹¹⁶ Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças Anotados pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal, p. 30-31. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em 18 out. 2018.

¹¹⁷ STJ, CC132100/BA (2014/0002719-9), 2ª S. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/02/2015, Data da Publicação: 14/04/2015, fls. 08. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181121081/conflito-de-competencia-cc-132100-ba-2014-0002719-9?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 out. 2018.

[...] Quando a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, promulgada pelo Decreto nº 3.413/2000, estabelece a prioridade da repatriação sobre a guarda (artigo 16), há exclusiva preocupação com o direito material. A unidade procedimental decorrente da conexão de causas se mantém íntegra. A retenção/transferência ilícita de menores traz um conflito de interesses que demanda uma resolução rápida e eficiente. Mediante a abordagem superficial da legislação do país em que reside a criança, as autoridades judiciais e administrativas dos Estados contratantes deliberam imediatamente sobre a restituição. Caso ela não se apresente com nitidez ou a restauração do Estado anterior possa levar à violação de direitos humanos (artigo 13), o país de localização analisará o pedido formulado por quem reteve ou transferiu. O documento internacional estipula um vínculo prejudicial entre a pretensão de busca e apreensão e a de guarda: aquela deve ser examinada em primeiro lugar, em atenção à situação de posse já consolidada, ao passo que esta pressupõe a instabilidade da repatriação imediata, ou a existência de motivos excepcionais, conducentes à permanência do menor no local. Os efeitos procedimentais, porém, da reunião das ações não estão sob o alcance da medida. **A instrução probatória garantirá que, logo após o enfretamento do retorno imediato, a custódia seja decidida, sem atrasos ou protelações. A retomada do processo somente depois da análise da retenção/transferência prolongaria o estado de vulnerabilidade de quem foi retido ou transferido. Trata-se de resultado claramente adverso à emergência que o direito internacional conferiu ao sequestro internacional de crianças (artigo 1º, a). A suspensão do processo compromete a própria utilidade da conexão/continência.** Se o objetivo da junção das causas é a instrução conjunta (artigo 105 do Código de Processo Civil)¹¹⁸, com convergência decisória, o bloqueio de uma delas encerra contradição. O juiz que rejeitasse a busca e a apreensão teria de esperar nova produção de provas para apreciar a guarda, o que significaria desperdício de recursos materiais e humanos [...] (Agravo de Instrumento nº 0013103-64.2014.4.03.0000/SP, TRF 3ª Região, 5ª Turma Relator Desembargador Federal Antônio Cedenho, Data de Julgamento 24/06/2014, Data de Publicação 22/07/2014, grifo nosso).

Embora exista a crítica supratranscrita, a suspensão do ação de guarda eventualmente em trâmite perante a Justiça Estadual é a alternativa que mais se coaduna ao que se entende por juiz natural da causa.

3.3. O princípio do melhor interesse: a necessidade de aperfeiçoamento pelo Brasil

O princípio do melhor interesse decorre da evolução da concepção sobre a criança no ordenamento jurídico, que passou a ser vista como sujeito de direitos e não um mero objeto. Por outra forma, são titulares de direitos especiais ante a sua condição de vulnerabilidade, razão pela qual requer uma proteção especial por parte do Estado e do resto da sociedade como um todo.

Fruto dos clamores sociais, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 defende a infância na segunda parte do seu artigo 25 ao expor que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do

¹¹⁸ Correspondente ao atual artigo 57 do Código de Processo Civil de 2015.

matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” Nasce a chamada Doutrina da Proteção Integral.

Nesse diapasão, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, internalizado ao País pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, reconhece em seu preâmbulo que os interesses da criança devem ser respeitados, considerando o seu status de direito humanos:

[...] Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade. Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão [...].¹¹⁹

No Brasil, a proteção das crianças e adolescentes não apenas foi elevada ao patamar de direito fundamental, como também é um direito humano, nos termos do artigo 5º, § 2º, da CF/88:

Artigo 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 [...] (grifo nosso).

A proteção integral também foi consagrada no artigo 3º do ECA (Lei nº 8069/90) de modo que a criança e o adolescente têm pleno direito a todas as garantias fundamentais necessárias para o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de modo que sejam respeitadas as suas vontades e a sua autodeterminação como seres dotados de dignidade humana:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Dimas Messias de Carvalho reconhece que tal princípio é de difícil conceituação, razão pela qual deve se atentar a cada caso concreto. Entretanto, considera que o simples fato

¹¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

das crianças e adolescentes serem pessoas em desenvolvimento justifica o seu tratamento prioritário não apenas pelo Estado, mas pela sociedade e pela família:

O princípio do melhor interesse é de difícil determinação, não possuindo uma definição rígida, devendo ser observado o caso concreto, mas é o corolário da doutrina da proteção integral, considerando, sobretudo, as necessidades do infante em detrimento dos interesses dos pais. Atrela-se à estabilidade de condições de vida do menor, de seu ambiente físico e social e das suas relações afetivas, norteando os responsáveis por sua educação e orientação. Tratando-se de pessoas em desenvolvimento, possuem condição prioritária e proteção não apenas da família, mas do Estado e da sociedade (CARVALHO, 2017, p. 101).

O mesmo autor adiciona que o melhor interesse a ser considerado prioritariamente é dos filhos e não dos seus pais, não devendo ser confundida a relação pessoal entre ambos e a relação que ambos possuem com a sua prole:

A relação paterno/filiar, assentada na doutrina da proteção integral e em princípio da paternidade responsável, determina e orienta para o bem do menor, assegurando todos os cuidados necessários pra desenvolver suas potencialidades, para que se consiga se estruturar enquanto pessoa humana, e chegar à condição adulta sob as melhores condições psíquicas, morais, profissionais e materiais. **Os interesses dos maiores estão em segundo plano quando conflitantes com os interesses dos infantes.** Zelar pelos interesses da criança e do adolescente é garantir o direito de ter uma família, cuidar de sua boa formação, proporcionar uma boa convivência familiar em ambiente afetivo, enfim, prestar os cuidados necessários para o seu pleno desenvolvimento (CARVALHO, 2017, p. 102, grifo nosso).

Elisa Pérez-Vera reconhece que o conceito de melhor interesses é abstrato, por assim não dizer, um “verdadeiro paradigma sociológico”, considerada a cultura de cada nação:

21 A este respeito, um fato foi justamente ressaltado, viz. que "o padrão legal" é o melhor interesse da criança "é, à primeira vista, tão impreciso que parece assemelhar-se mais a um paradigma sociológico do que a um padrão jurídico concreto. Como alguém pode colocar a carne em seus ossos sem aprofundar-se nas suposições relativas aos interesses últimos de uma criança que são derivados da estrutura moral de uma cultura particular? A palavra "final" dá origem a problemas imediatos quando é inserida na equação, uma vez que a declaração geral da norma não deixa claro se os "interesses" da criança a ser atendida são os do rescaldo imediato da decisão, da adolescência da criança, da idade adulta jovem, maturidade, senescência ou velhice (Pérez-Vera, Elisa. *Explanatory Report*. Item 21, tradução nossa).¹²⁰

¹²⁰ 21 In this regard, one fact has rightly been highlighted, viz. that 'the legal standard 'the best interests of the child' is at first view of such vagueness that it seems to resemble more closely a sociological paradigm than a concrete juridical standard. How can one put flesh on its bare bones without delving into the assumptions concerning the ultimate interests of a child which are derived from the moral framework of a particular culture? The word 'ultimate' gives rise to immediate problems when it is inserted into the equation since the general statement of the standard does not make it clear whether the 'interests' of the child to be served are those of the immediate aftermath of the decision, of the adolescence of the child, of young adulthood, maturity, senescence or old age'

Mesmo assim, a Convenção de Haia estabelece a essencialidade dos interesses da criança na análise do direito de guarda em seu próprio preâmbulo, ora considerado o alicerce para a interpretação e aplicação de todos os seus artigos, buscando por ora o regresso do menor à sua residência habitual:

Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em toda as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições: [...]”.¹²¹

O retorno é uma necessidade premente. Não se pode negligenciar com o tempo, consistente num fator determinante na vida de uma criança ou de um adolescente. A juíza federal Claudia Maria Dadico explica tal necessidade, senão obrigatoriedade da celeridade em razão das cada vez mais rápidas evoluções psíquicas e físicas pelas quais o ser humano passa, o que, obviamente, sofre impactos não apenas do tempo, mas do local em que o menor se encontra:

A exigência de celeridade, princípio geral, aplicável a todos os processos judiciais como corolário do princípio da razoável duração do processo, adquire contornos mais dramáticos nas ações em que se busca a repatriação de crianças subtraídas ilicitamente com fundamento na Convenção de Haia. Isso se explica porque a infância e adolescência são fases de rápidas transformações físicas e psíquicas, próprios do intenso desenvolvimento da personalidade que ocorre no início da vida do indivíduo. Desde aprender a dar os primeiros passos, alimentar-se com suas próprias mãos, balbuciar as primeiras palavras, os primeiros dias na escola, os grupos de amigos da adolescência... Acontecimentos dotados de grande significado sucedem-se em intervalos de tempo muito breves. Costumamos dizer que, no mundo globalizado, dominado pela rapidez dos meios de comunicação, temos a sensação de que o tempo passa com grande velocidade. Em se tratando de crianças e adolescentes, não é mera sensação: a passagem do tempo é, de fato, muito mais veloz, dada a rapidez das transformações vivenciadas durante o processo de crescimento/desenvolvimento.¹²²

Sobre a importância da rapidez na atuação do Estado requerido para fins de efetividade das decisões anteriormente tomadas sobre o direito de custódia e de visitas, estabelecem Tibúrcio e Calmon;

¹²¹ Cf. ANEXO – Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000.

¹²² DADICO, Claudia Maria. O tempo do processo e a Convenção de Haia/1980. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.66, jun. 2015. p. 03. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Claudia_Dadico.html> Acesso em: 31 out. 2018.

A atenção dada a procedimentos céleres e medidas que busquem restituir o status quo antes de forma o mais rápida possível atendem a uma série de princípios: asseguram força a decisões judiciais anteriores sobre guarda; frustram esquemas de sequestro, desestimulando que as partes resolvam seus anseios por seus próprios meios; resguardam a criança e os envolvidos contra manobras judiciais dilatórias e de má-fé; legitima o tribunal estrangeiro (e, regra o da residência habitual) como aquele com jurisdição para resolver a questão de guarda, compelindo os pais a resolverem suas questões naquela jurisdição e desestimulando a “escolha” da jurisdição que lhe seria mais favorável (prática do fórum shopping em matéria de família). Com isso, o uso de tais mecanismos vai de encontro, não apenas aos objetivos expressos, mas à própria razão de ser da Convenção, que justifica sua criação e existência, em busca, agora, de sua efetividade (CALMON e TIBÚRCIO, 2014, p. 59).

Sob essas asserções e o disposto nos itens anteriores, o exame dos instrumentos adotados, ou melhor, disponíveis aos tribunais brasileiros demonstra a necessidade de criação de institutos processuais compatíveis com os objetivos da Convenção e, por consequência, com o princípio do melhor interesse. Ademais, no que tange ao redigido no artigo 16 e à sua limitação à cognição do direito guarda, existe no Brasil um verdadeiro “divisor de águas” por assim dizer.

A inexistência de uma orientação exata por parte dos tribunais e doutrinadores, torna nebuloso o exercício do direito de guarda e de visitas no País, o que é preocupante para as crianças e adolescentes aqui retidas ou para cá transferidas. Os embaraços decorrentes pela divergência de entendimentos impedem que os filhos possam ter uma convivência pacífica com aquele que melhor coaduna com os seus direitos.

Consciente do atual desempenho do País frente aos demais Estados e da gravidade da situação em que as crianças e adolescentes se encontram, Nádia de Araújo afirma que é uma questão de tempo até que seja aprimorada a cooperação jurídica internacional em sede da Convenção de Haia:

[...] Permitir a ação unilateral de um dos pais, que vai para outro país sem discutir essa mudança drástica na vida da criança, é contrário à Convenção e ao que ela preconiza como melhor interesse da criança: o de ter acesso à toda a sua família, e não apenas à parte dela. Na medida em que os juízes brasileiros começam a ter mais intimidade com a Convenção e com seus casos, as decisões são tomadas de forma mais célere, devolvendo-se as crianças que aqui vieram de forma ilícita. O poder de persuasão da convenção aumenta e, com o tempo, a tendência é a de que os casos diminuam, pois haverá mais consciência de que é preciso resolver essas questões antes de deixar o país da residência habitual (ARAÚJO, 2018, p. 354).

Por óbvio, não apenas o tempo, mas uma adequação do sistema jurídico nacional com a criação de mecanismos processuais específicos aos termos da Convenção e o preparo dos

agentes responsáveis pelo retorno da criança oportunizarão não somente a maior proximidade à aplicação efetiva do teor convencional, como também a evolução de crianças e adolescentes em todos os seus aspectos, futuros integrantes de um mundo com limites territoriais cada vez mais invisíveis.

CONCLUSÃO

A partir da análise da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, constata-se que prevalece uma visão puericêntrica, isto é, num cenário de separação dos pais em que cada um parte para Estados distintos, deve-se privilegiar o interesse da criança. Ademais, qualquer decisão que altere o convívio da criança, seja com um dos seus genitores, seja com ambos, afeta de maneira significativa o seu desenvolvimento enquanto ser humano.

Também não se pode esquecer de que o guardião é quem irá gerir a vida da criança quanto a aspectos essenciais, tais como sustento, educação, criação, entre outros, uma vez que esta não possui capacidade para as práticas do atos da vida perante a lei civil, o privilégio recairá sobre os interesses do menor. Além disso, não se pode deixar de lado o laço de afeto entre ambos, o que irá determinar uma formação psicológica e social sadia.

Não deve a regulamentação do direito de guarda e de visitas ser regulamentada ao bel-prazer do guardião e, muito menos, sob o livre arbítrio da autoridade competente, seja esta administrativa ou judicial. De maneira figurada, pode-se afirmar que a voz do menor é que deverá ser ouvida diante das atitudes perversas e vingativas praticadas por um dos seus genitores como se ele fosse uma mera *res* decorrente de um relacionamento falido.

Diante desse cenário, o presente trabalho buscou apresentar os principais aspectos desse diploma internacional, ainda desconhecido por grande parte da comunidade jurídica brasileira, bem como procurou indicar o modo pelos quais os ditames convencionais são aplicados no território nacional, este dotado de dualidade de jurisdições apta a facilitar a existência de ações paralelas sobre a regulamentação do direito de guarda e a busca e apreensão do menor/pedido de repatriação.

Conforme foi apresentado no terceiro capítulo, o Estado Brasileiro tem se utilizado da conexão de causas e da suspensão do processo para visar à sua adequada cooperação com os outros Estados-parte.

Entendo ser a suspensão do processo, nos termos do artigo 313, inciso V, alínea *a*, do CPC/2015 a medida mais adequada, embora não seja perfeita. Isto porque atende aos ditames processuais estabelecidos sobre a delimitação de competência, isto é, o pedido de repatriação ou de busca e apreensão tramitará perante a Justiça Federal e a ação de regulamentação de guarda perante a Justiça Comum Estadual. Afinal, conforme já mencionado (item 3.3.1), o direito de guarda e a sua fixação consiste num interesse privado, delimitado ao núcleo familiar. O mesmo pode se dizer dos direitos dele decorrentes: o direito de visitas e alimentos.

Não é plausível que a União tenha interesse nesse direito específico e inerente a cada família em particular, haja vista a sua atuação estar atrelada tão somente à Convenção de Haia. A ordem constitucional brasileira tão somente lhe confere legitimidade perante aos demais Estados como forma de representação do País na comunidade internacional. De maneira simplória, pode-se dizer que a União intermedeia as relações internacionais, mas não as relações familiares desenvolvidas dentro do território pátrio, o que extrapolaria a sua competência para apreciar matérias decorrentes de tratados internacionais (art. 109, III, da CF/88).

Por tal razão, também considero pertinente o a orientação já comentada dos juristas Carmen Tibúrcio, Guilherme Calmon e Mônica Sifuentes, autoridades sobre o tema em comento nesta monografia, segundo a qual a Justiça Federal será competente apenas para a análise do retorno ou da permanência do menor. Superada tal fase, a regulamentação de guarda ficará sob a responsabilidade da Justiça Estadual nacional, caso o pedido de retorno seja julgado improcedente ou sob o encargo da Justiça estrangeira, segundo a organização judiciária do respectivo país.

Desse modo, a guarda, um direito aparentemente simples, mas de tamanha complexidade será analisado pelo verdadeiro juiz natural, isto é, aquele que terá maior acessibilidade aos recursos necessários para o correto julgamento, haja vista a sua maior proximidade ao meio no qual a criança terá os seus direitos atendidos.

Todavia, seja na suspensão, seja na conexão, em ambas as medidas existe a principal falha na atuação do Brasil perante o cenário internacional, isto é, a sua morosidade, o que agrava a situação de fragilidade na qual o menor se encontra. Soma-se a esse problema uma

agravante: a falta de recursos humanos, tecnológicos e operacionais adequados para o correto processamento do pedido de restituição no território nacional.

Insta criticar, se o próprio Estado brasileiro não consegue lidar com a plethora de processos, que sobrecarrega o seu maquinário público, maculada pela burocracia, que dirá com um procedimento específico que demanda celeridade e dinâmica com ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Por esta monografia, também se extrai a conclusão de que o Brasil, embora tenha a intenção de atender ao princípio do melhor interesse, ainda está longe de fazê-lo plenamente. Aliás, não somente a escassez de familiaridade dos operadores de direitos especialistas com o sequestro interparental e a ausência de previsão de medidas específicas a serem aplicados no Brasil, a dualidade de jurisdições apenas dificultam a sua aplicação.

Finalmente, deve-se constatar devido à ausência de consenso entre os tribunais, inclusive, entre os próprios ministros do STJ, não haverá uma determinação definitiva sobre qual Justiça será competente para a análise do direito de guarda, este inerente ao princípio do melhor interesse. Nesse aspecto, o Estado brasileiro peca na falta de segurança jurídica, ideal almejado por todos os sistemas jurídicos atuais.

A Convenção de Haia de 1980 estabeleceu verdadeiros limites de modo que a criança tivesse o seu convívio familiar garantido dentro da legalidade, seja esta do ordenamento jurídico interno, seja esta definida nos termos convencionais. Dessa forma, deve-se resguardar a dignidade do menor, o verdadeiro intuito de uma família, de um país, de um continente e do mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. **Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecretLegisl79.pdf>> . Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.>. Acesso em: 18 out.. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2018.>. Acesso em: 02 nov. 2018.

_____. **Lei nº 12.314, de 19 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12314.htm>. Acesso em: 02. mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral Da União. **Combate à subtração internacional de crianças.** (Cartilha), 2011. Disponível para download em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 23 mar 2018.

BRASIL. Ministério Das Relações Exteriores. **Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores**, 2016. Disponível para download em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Multiplicadores_OK.pdf>. Acesso em: 30 mar 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças Anotado pelo Grupo Permanente de Estudos Sobre a Convenção de Haia de 1980 instituído pelo Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE: 466434 SP**, Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/06/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 832/MS, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO**, Data de Julgamento: 26.09.1990, Data de Publicação: 29.10.1990 p. 12119.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 64.120/PR**, Relator Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: de 25/10/2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 64.012/TO**, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Segunda Seção, DJ de 09/11/2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 100.345/RJ**, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Julgamento: 11/02/2009, Data de Publicação: 18/03/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC132100/BA (2014/0002719-9)**, 2ª S. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Data de julgamento: 25/02/2015, Data da Publicação: 14/04/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1214408 RJ 2010/0168011-0**, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Julgamento: 23/06/2015, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/08/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP: 1458218 RJ 2014/0127557-7**, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 13/12/2017, Primeira Seção, Data de Publicação: 03/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 1014656SP2016/0296467-0**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 13/09/2018. Data de Publicação: 03/10/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 383, STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula383.pdf>. Acesso em 18 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **AI: 06019073420128120000 MS 0601907-34.2012.8.12.0000**, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 23/04/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI: 00597608420148190000 RJ 0059760-84.2014.8.19.0000**, Relator: Des. Antonio Idoizio Barros Bastos, Data de Julgamento: 14/01/2015. 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/01/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 47.850-0/2**, da Comarca de Marília – Apelante C.H.S. (menor) – Apelado S.V.D.S.M. – v.u. – j. 22-4-1999 – Rel. Alvaro Lazzarini – Voto nº18.152 (nº 12.122/TJ) – nº 68/99 – Câmara Especial.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 02ª Região,. **AC: 399087** 7ª Turma Especializada, Data de Julgamento: 17/10/2007, Relator(a) JUIZ LUIZ PAULO S ARAUJO Fº/no afast. Relator.

_____. Tribunal Regional Federal da 02ª Região. **MS: 2009.02.01.004118-6**, 8ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 28/07/2009, Relator (a) Desembargador Federal Raldenio Bonifacio.

_____. Tribunal Regional Federal da 02ª Região. **AC: 2009.51.01.18422-0** TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, Data de Julgamento: 16/12/2009, Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO MARQUES.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 03ª Região **AC: 0001923-25.2008.4.03.6123/SP**, Processo Originário 2008.61.23.001923-7/SP, 2ª Turma, Data do Julgamento: 29/06/2010, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MELLO.

_____. Tribunal Regional Federal da 03ª Região. **AI: 0013103-64.2014.4.03.0000/SP**, Relator: Desembargador Federal Antônio Cedendo, Data de Julgamento 24//06/2014, 5ª Turma, Data de Publicação 22/07/2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 03ª Região. **AI: 00184118120144030000**, Relator: Desembargador Federal Antonio Cedendo, Data de Julgamento: 10/03/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/03/2015.

CALMON, Guilherme; SIFUENTES, Mônica. **Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980**. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível para *download* em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____; TIBÚRCIO, Carmen: **Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 491-524.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz, coord. **Guarda Compartilhada**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. p.19-64.

CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **International Hague Network of Judges**. Disponível para *download* em: <<https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>>. Acesso em 12 out. 2018.

_____. **Guia de Boas Práticas de Implementação de Medidas**, p. 23-24. Disponível para *download* em: <https://assets.hcch.net/upload/abdguide2_e.pdf>. Acesso em: 20 abr 2018.

DADICO, Claudia Maria. **O tempo do processo e a Convenção de Haia/1980**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.66, jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Claudia_Dadico.html> Acesso em: 31 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 544-578; p. 728-739.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: Parte Geral e Processo Internacional**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (coord.). **Direito Processual Civil esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 231-233.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil**. vol. 1. 56. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 214-726.

MENEZES, Luciana Tavares de. **A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor**. In Publicações da Escola da AGU, v.8, n.4, 2016. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1428/0>>. Acesso em 10 out. 2018.

MÉRIDA, Carolina Helena. **Sequestro interparental: princípio da residência habitual**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011, Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1544>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-146.

PÉREZ-VÉRA, Elisa. **Explanatory Report**. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>>. Acesso em 15 jul 2018.

SIFUENTES, Monica. **Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, 2009. Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/9/9>. Acesso em: 15 set. 2018.

_____, Mônica. **Pedido de restituição X Direito de guarda** – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 57-64, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>>. Acesso em: 12 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 1.408-1418.

ANEXO – DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da referida Convenção em 19 de outubro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2000;

DECRETA :

Art. 1º A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros

juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de abril de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no D.O. de 17.4.2000

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os Estados signatários da presente Convenção,

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Capítulo 1

Âmbito da Convenção

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Artigo 2

Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

Artigo 3

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e

b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Artigo 4

A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;

b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Capítulo II

Autoridades Centrais

Artigo 6

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Artigo 7

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;

e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;

f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;

g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;

h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;

i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Capítulo III

Retorno da Criança

Artigo 8

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;

b) caso possível, a data de nascimento da criança;

c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança;

d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;

f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;

g) qualquer outro documento considerado relevante.

Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Artigo 10

A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Artigo 11

As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança.

Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.

Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção

indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de uma ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.

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.

Artigo 14

Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

Artigo 16

Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, 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.

Artigo 17

O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

Artigo 20

O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Capítulo IV

Direito de Visita

Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retomo da criança.

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 centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

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.

Capítulo V

Disposições Gerais

Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, podará ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se á utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de

advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes á participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor á pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.

Artigo 29

A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.

Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;

b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores, no caso dos Estados Partes a ambas

Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transferências ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência á unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retorno da criança, estabeleçam entre si um acordo para derogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI

Cláusulas Finais

Artigo 37

A Convenção é aberta a assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14^o sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos. '

Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionando expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto à partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2) Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44

A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denuncia.

A denuncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denúncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denuncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38º:

- 1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;
- 2) das adesões referidas no Artigo 38;
- 3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;
- 4) das extensões referidas no Artigo 39;
- 5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;
- 6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;

7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fé do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.