

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAQUEL COSTA ALMEIDA E ARAUJO

SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS E A APLICAÇÃO DA
CONVENÇÃO DE HAIA NO BRASIL

VOLTA REDONDA - RJ

2020

RAQUEL COSTA ALMEIDA E ARAUJO

**Sequestro Interparental de Crianças e a Aplicação da Convenção de Haia no
Brasil**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a):

RENATA BRAGA KLEVENHUSEN

VOLTA REDONDA - RJ

2020

Ficha catalográfica automática - SDC/BAVR Gerada
com informações fornecidas pelo autor

A658s Araújo, Raquel Costa Almeida e
Sequestro Interparental de Crianças e a Aplicação de Haia
no Brasil / Raquel Costa Almeida e Araújo ; Renata Braga
Klevenhusen, orientadora. Volta Redonda, 2020.
63 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-
Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências
Humanas e Sociais, Volta Redonda, 2020.

1. Direito internacional privado. 2. Convenção de haia. 3.
Crianças. 4. Produção intelectual. I. Braga Klevenhusen,
Renata, orientadora. II. Universidade Federal Fluminense.
Instituto de Ciências Humanas e Sociais. III. Título.

CDD -

RAQUEL COSTA ALMEIDA E ARAUJO

**SEQUESTRO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS E A APLICAÇÃO DA
CONVENÇÃO DE HAIA NO BRASIL**

Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais de Volta Redonda, pertencente à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) em 21 de Agosto de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr^a. Renata Braga Klevenhusen
Orientador(a)

Prof^a. Dr^a. Alejandra Luisa Magalhães Estevez
Examinador(a)

Prof^a. Caroline Garcia Ermano
Examinador(a)

VOLTA REDONDA - RJ

2020

RESUMO

O presente trabalho analisa, por meio de jurisprudências e doutrinas, a aplicabilidade da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no Brasil. O Estado brasileiro aderiu a esse compromisso em 14 de abril de 2000, através do Decreto 3413/2000. Insta esclarecer que o intuito do texto convencional é assegurar o retorno da criança que se encontra retida ou foi retirada ilícitamente do seu país de residência habitual. Essa proteção decorre da concepção da criança como um sujeito de direitos e, devido a sua condição de vulnerabilidade, uma detentora de direitos especiais, que necessita de todas as garantias fundamentais para um desenvolvimento físico, psicológico, moral e social saudável. Em vista desse objetivo, a Convenção atua como uma rede de cooperação jurídica internacional entre os Estados partes que trabalham, respeitando a soberania nacional de cada qual, para o retorno imediato do menor. Como Estado signatário, o Brasil não faz exceção a essa obrigação, contudo a aplicabilidade do texto convencional no ordenamento jurídico nacional não acontece de maneira eficiente, visto a problemática da dualidade de jurisdições. Dessa forma, através de um modelo crítico – dialético, a presente pesquisa busca apresentar o desempenho do Estado brasileiro nos casos de sequestro internacional de crianças, bem como expor os diferentes entendimentos sobre a competência no ordenamento jurídico brasileiro para a apreciação de tais casos.

Palavras-chave: Convenção de Haia. Sequestro internacional de crianças. Justiça Federal. Justiça Estadual. Residência habitual.

ABSTRACT

The present work analyzes, through jurisprudence and doctrines, the applicability of the Hague Convention on the Civil Aspects of the International Kidnapping of Children in Brazil. The Brazilian State joined this commitment on April 14, 2000, through Decree 3413/2000. Urges to clarify that the purpose of the conventional text is to ensure the return of the child who is detained or has been illegally removed from his country of habitual residence. This protection stems from the child's conception as a subject of rights and, due to her condition of vulnerability, a holder of special rights, which needs all fundamental guarantees for a healthy physical, psychological, moral and social development. In view of this objective, the Convention acts as a network of international legal cooperation between the working States Parties, respecting the national sovereignty of each one, for the immediate return of the minor. As a signatory State, Brazil makes no exception to this obligation, however the applicability of the conventional text in the national legal system does not happen efficiently, given the problem of dual jurisdictions. Thus, through a critical - dialectical model, the present research seeks to present the performance of the Brazilian State in cases of international kidnapping of children, as well as exposing the different understandings about the competence in the Brazilian legal system for the appreciation of such cases.

Keywords: The Hague Convention. International kidnapping of children. Federal Justice. State Justice. Habitual residence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PERANTE A CONVENÇÃO DE HAIA	11
2.1 OBJETIVOS DA CONVENÇÃO	12
2.2 VISÃO GERAL.....	13
2.3 CONCEITO DE SEQUESTRO.....	14
2.4 A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS SIGNATÁRIOS	15
2.5 RESIDÊNCIA HABITUAL.....	17
2.6 QUEM SÃO OS SEQUESTRADORES?.....	19
2.7 TEMPO NA RESTITUIÇÃO DO MENOR SUBTRAÍDO.....	20
2.8 AUTORIDADE CENTRAL.....	20
2.9 JUÍZES DE ENLACE	21
2.10 EXCEÇÕES À RESIDÊNCIA HABITUAL	23
3. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA EM CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA	26
4. A CONVENÇÃO DE HAIA APLICADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
4.1 INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL.....	30
4.2 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.....	31
4.3 ADESÃO DO BRASIL NA CONVENÇÃO	37
4.4 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS NA SOLICITAÇÃO DE RETORNO DA CRIANÇA AO BRASIL	37
4.4.1 Medidas judiciais adotadas em caso de não restituição	40
4.5 SENTENÇA E GARANTIAS DE RETORNO.....	41
4.6 O ARTIGO 16 DA CONVENÇÃO DE HAIA	42
4.7 A DUALIDADE DE JURISDIÇÕES : CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL	47

4.7.1 O posicionamento do STJ sobre a possibilidade de conexão entre ações de guarda e visita_.....	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, denominada também como Convenção de Haia de 1980, foi a pioneira em elaborar normas de cooperação jurídica internacional a fim de priorizar o interesse de crianças em possíveis situações de transação de moradia.

Apesar de relativamente recente, a Convenção é de grande relevância jurídica, já que busca evitar que crianças que foram restituídas ou mantidas por seus genitores em outros Estados, que não de sua residência habitual, percam a convivência familiar. A aplicação do texto convencional é realizada através de órgãos e medidas jurídicas que impactam internacionalmente os Estados signatários.

Diante da importância da matéria apresentada, essa pesquisa tem como objetivo apresentar o papel da Convenção de Haia de 1980 e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente abordar o artigo 16.

A pesquisa foi realizada utilizando o modelo crítico – dialético, por meio de estudo doutrinário e normativo.

A primeira parte dessa pesquisa apresenta dados históricos e conceitos específicos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Além disso, são tratados sobre artigos mais relevantes, bem como as exceções ao retorno da criança ao seu país de origem, estabelecendo-se um panorama geral do texto convencional.

Já a segunda parte, tem como escopo apresentar os requisitos necessários para a aplicação da Convenção de Haia de 1980. Essa abordagem é realizada através da exposição sucinta dos artigos convencionais. Em seguida, é explorado o conceito do princípio do superior interesse da criança, como se manifesta em outros documentos no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual o Estatuto da Criança e do Adolescente, e sua relevância social.

Na última parte, é feita uma breve análise de como um tratado internacional é aderido no ordenamento jurídico brasileiro, a cooperação jurídica internacional e a forma como a Convenção foi aderida nacionalmente. A partir desse entendimento, é analisado o artigo 16, que versa sobre o juízo competente para análise do direito de guarda. Ademais, é exposto o conflito entre Justiça Estadual e Justiça Federal em

casos de pedido de restituição, ante a organização federativa do país. Para ilustrar o tema abordado, serão apresentados precedentes jurisprudenciais.

2. SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PERANTE A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE HAIA

Com o advento da globalização as relações culturais, sociais, econômicas e políticas ultrapassaram as fronteiras, possibilitando-se a mobilidade de pessoas, bens e informações. Conforme Maria Berenice Dias¹, “globalização permitiu às pessoas se tornarem cidadãos do mundo”. A facilidade de locomoção ensejou um novo contexto da estrutura familiar.

A medida em que se estruturou essa nova configuração familiar na qual o casal ou apenas uma pessoa desse casal possui nacionalidade distinta do país no qual residem, ocorreu também um aumento no número de conflitos que envolvem o direito de guarda e visita de crianças.

Nesse prisma, a comunidade internacional lida com a retirada ou a obstrução da prole por parte de um dos genitores a fim de que exerça a guarda exclusivamente. Dessa forma, o sequestro da criança por seu familiar é uma manifestação danosa do estado de desacordo entre os familiares.

A partir da estruturação das famílias internacionalizadas, foi criada em 1893 a Conferência de Haia do Direito Internacional Privado e, em 1955 foi reconhecida como uma organização intergovernamental. O objetivo da organização é uniformizar as regras do direito internacional privado e reforçar a segurança jurídica, tanto de pessoas físicas como jurídicas, através de regras de competência internacional, de direito aplicado e o seu reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras.

De acordo com o sítio eletrônico da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado², atualmente, a organização é composta por 84 Estados membros, além de Estados não membros que estão aderindo às Convenções de Haia. Assim, o total de países que participam ativamente dos trabalhos da Conferência é de 150.

A princípio, há uma reunião a cada quatro anos na chamada Sessão Plenária ou Sessão Diplomática Ordinária a fim de negociar e adotar Convenções, além de decidir os temas abordados no futuro. A elaboração e revisão do conteúdo das Convenções são realizadas pelas Comissões Especiais ou por grupos de trabalho

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1181, v. 4., *E-book*.

² CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **SOBRE A HCCH**. Disponível em : < <https://www.hcch.net/pt/about>>. Acesso em : 5 nov. 2019.

que geralmente se reúnem no Palácio de Paz de Haia. Ao realizar uma Conferência, a Secretaria Multinacional coordena as atividades, preparando as Sessões Plenárias, as reuniões das Comissões Especiais, bem como pesquisando assuntos correlatos à Conferência. Ademais, a Secretaria Multinacional mantém contato direto com os Estados-membros através das Autoridades Nacionais, assim como com Organizações Não Governamentais, Organizações Internacionais Intergovernamentais, acadêmicos e profissionais.

Em relação ao sequestro internacional de crianças, foi realizada em 1980, a Convenção sobre o Sequestro Internacional de Crianças em que foi criado um sistema de cooperação processual internacional perante os países signatários do tratado a fim de assegurar o retorno imediato de crianças que tenham sido retidas ou levadas por um dos genitores a outro país de forma ilícita.

Inicialmente, o tema foi levado pela delegação canadense à Comissão Especial da Conferência da Haia, realizada em 1976, sob o título de “sequestro legal” (legal kidnapping). Foi a partir das conclusões dos estudos do Primeiro Secretário Adair Dyer, que foi elaborada proposta de retorno imediato dessas crianças. Essa proposta foi responsável pela produção do primeiro esboço do que viria a ser a Convenção de 1980.

2.1 OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE HAIA

Conforme, o Capítulo 1, Artigo 1º da Convenção Internacional sobre o Sequestro Internacional de Crianças, tem-se que:

Artigo 1º

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.³

Dessa forma, o objetivo da Convenção é retorno imediato das crianças retiradas ou mantidas em um Estado distinto de sua residência habitual, prevalecendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o superior interesse da

³BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em : 5 nov de 2019.

criança, isto posto, os Estados Contratantes devem respeitar mutuamente os direitos de guarda e visita vigentes em seus territórios.

Nesse sentido, a referida Convenção tem como intuito que tanto o genitor que teve seu filho retido quanto o menor em questão tenham seus direitos resguardados através da cooperação entre Estados signatários envolvidos no conflito. Assim, foi criado um sistema de cooperação processual entre os Estados membros em que quando ocorrer deslocamento ilegal ou ilícito de um menor, as autoridades centrais serão solicitadas para colaborar. Esse processo permite que uma posterior disputa pela guarda da criança seja resolvida pela autoridade judicial do Estado de sua residência habitual.

A Convenção busca atingir seus objetivos disciplinando os aspectos civis da conduta, através do reestabelecimento da criança no seu convívio social ou pela restauração da guarda e/ou visita com seu núcleo familiar de sua residência habitual, contudo, sem afastar a possibilidade de uma análise dos aspectos penais nos casos concretos.

2.2 VISÃO GERAL

O texto da Convenção é dividido em seis partes, quais sejam, âmbito da Convenção, autoridades centrais, retorno da criança, direito de visita, disposições gerais e cláusulas finais.

No âmbito da Convenção⁴, o texto aborda sobre seus objetivos e estabelece os conceitos mais relevantes para a sua aplicação.

Na parte das autoridades centrais⁵ o texto esclarece que são órgãos indicados pelos países para atuarem na preservação do cumprimento das obrigações relacionadas à Convenção por esses mesmos países signatários.

O retorno da criança⁶ representa a parte operacional da Convenção, enquanto o direito de visita⁷ esclarece que a função desse documento não é apenas para fundamentar o retorno da criança, mas para regular o direito de visita de pais estrangeiros enquanto aguardam a definição da residência habitual da criança.

⁴ Capítulo I da Convenção

⁵ Capítulo II da Convenção

⁶ Capítulo III da Convenção

⁷ Capítulo IV da Convenção

As disposições gerais⁸ versam sobre os aspectos burocráticos, processuais e administrativos. Insta salientar que o artigo 24 elucida que os documentos relativos ao pedido de retorno devem ser acompanhados de tradução da língua oficial do Estado requerido, contudo, em caso de difícil tradução, são aceitas as traduções em inglês ou francês. Por sua parte, o Brasil apresentou uma ressalva quanto a este artigo, esclarecendo que só aceita documentos e pedidos caso estejam em língua portuguesa.

As cláusulas finais⁹ abordam sobre os processos de adesão e ratificação de novos países, além disso, estabelece o Reino dos Países Baixos como depositário da Convenção. Por fim, trata no artigo 42 das únicas ressalvas admitidas, uma referente ao idioma os documentos apresentados e outra em relação ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios.

2.3 CONCEITO DE SEQUESTRO

Apesar da denominação de “sequestro internacional de crianças”, esta não se liga ao sequestro tratado no Código de Direito Penal do Brasil¹⁰. Em países de língua inglesa o termo utilizado para a ação de levar ou manter ilicitamente uma criança para um local que não seja o de sua residência habitual é “abduction”. A tradução do texto convencional em francês utiliza o termo “enlèvement”, que significa retirada. Em um sentido semelhante, o termo foi traduzido em Portugal como “rapto”. Entretanto, no Brasil não ocorreu a modificação do termo, ainda que em português brasileiro não detenha o mesmo sentido do que em português lusitano.

O Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 do Supremo Tribunal Federal critica o uso da palavra “sequestro”, uma vez que alude à ideia de privação de liberdade da criança em troca de vantagem econômica:

[...]A utilização do termo “seqüestro” 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

⁸ Capítulo V da Convenção

⁹ Capítulo VI da Convenção

¹⁰ 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 8 nov 2019.

bem recebido, para aplacar muitas dúvidas e mal-entendidos. Em geral, esse “seqüestro” é perpetrado por um dos pais ou parentes próximos e revela um estado de beligerância entre os cônjuges ou seus familiares na disputa pela custódia da criança. A atitude do “seqüestrador” consiste em tirar o menor do seu ambiente e levá-lo para outro País, onde acredita poder obter uma situação de fato ou de direito que atenda melhor aos seus interesses.¹¹

2.4 A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS SIGNATÁRIOS

Os Estados signatários da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional possuem a responsabilidade internacional de garantir o cumprimento das obrigações estabelecidas.

Assim, um Estado signatário é “internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais¹²”.

A Cartilha de Combate à Subtração Internacional de Crianças da Advocacia Geral da União esclarece, “o Estado tem a obrigação de respeitar os compromissos expressos em costumes internacionais bem como os livremente pactuados, tendo o dever de reparar todo o prejuízo injustamente causado por eventuais violações¹³”.

Diante disso, a Corte Internacional de Justiça, principal órgão judiciário da ONU, tem como função principal resolver litígios submetidos pelos Estados e assuntos abordados na Carta das Nações Unidas ou tratados em vigor. Em casos de controvérsias, dispõe o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

Artigo 38

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

¹¹BRASIL. 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*. p. 01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

¹²ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

¹³ BRASIL. Advocacia-Geral Da União. *Combate à subtração internacional de crianças. (Cartilha)*, 2011, p. 15. Disponível para download em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 8 nov 2019.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.¹⁴

Nesse sentido, é responsabilidade internacional dos Estados cumprir os tratados os quais são signatários, mesmo que sejam do âmbito privado como assuntos concernentes ao direito de família.

A proteção do princípio da dignidade da pessoa humana é essencial para a administração estatal, sendo evocada em tratados internacionais, tal qual a Convenção de Haia. Portanto, é responsabilidade dos Estados sua manutenção através da prestação de instrumentos internos eficazes para que os indivíduos possam proteger sua própria dignidade.

Assim, a Convenção Internacional sobre o Sequestro Internacional de Crianças, estabelece compromissos entre os Estados signatários, bem como o compromisso do Estado em face de particulares, podendo responder em caso de violação da obrigação em face de um cidadão de outro Estado.

Os artigos 6º e 7º do texto convencional versam sobre as obrigações impostas a cada Estado, sendo exposto da seguinte forma:

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;

¹⁴ Disponível em : <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em : 8 nov de 2019.

- 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 as 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 opunham à aplicação desta.¹⁵

As disposições supramencionadas são ainda complementadas pelo disposto no artigo 26 do mesmo texto , impondo ao Estado a responsabilidade pelos custos da aplicação da Convenção, contudo, permitindo-o fazer reserva à obrigação de suportar os custos referentes à contratação de advogado ou consultor jurídico, assim como permite a reserva referente às custas processuais, senão vejamos:

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.¹⁶

2.5 RESIDÊNCIA HABITUAL

Conforme dito no item 2.1, a Convenção de Haia visa o retorno do menor a sua residência habitual, entretanto, não há definição exata do termo “residência habitual”. Assim, é necessário que se verifique caso a caso para que se institua a

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em : 8 nov de 2019.

¹⁶ Idem.

residência habitual, sendo utilizado o direito interno do Estado o qual a criança foi retirada e, posteriormente, se analisa se houve a transferência ou a retenção ilícita.

O conceito de residência habitual baseia-se no aspecto da habitualidade, é o espaço no qual a criança se desenvolve fisicamente, moralmente e psicologicamente. O Ministro das Relações Exteriores estipulou em Cartilha:

[...]apontam-se 2 elementos essenciais: “ânimo” (vontade de criar laços com um novo país, em detrimento de todos os demais) e “tempo”. Assim, a criança terá residência habitual num determinado Estado quando ela estiver nele residindo, com intenção de lá permanecer. O requisito tempo, no entanto, pode variar, não existindo um “prazo mínimo” para sua configuração. 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.¹⁷

Nesse sentido, sem a fixação de critérios que determinem o que se considera uma residência habitual, o direito interno do Estado o qual a criança foi subtraída terá importância para decidir o caso concreto. Ressalta-se que no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu o entendimento de que “residência habitual, para fins da Convenção de Haia, é aquela em que a criança tinha suas raízes, estava vivendo em caráter de permanência” (REsp 1315342/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012)

Apesar de no item 66¹⁸ a relatora Pérez-Vera desconsidera a residência habitual como domicílio, no Brasil o domicílio pode ser considerado como o local onde o menor possui residência habitual, vide artigo 70 do Código Civil de 2002¹⁹ e artigo 7, § 7º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras²⁰.

A Cartilha de “Combate à Subtração Internacional de Crianças” informa ainda que:

A adoção do critério de “residência habitual” gera, em consequência, o abandono de outras noções, como a nacionalidade e o domicílio. Assim, na

¹⁷ BRASIL. Advocacia-Geral Da União, op.cit, p. 12.

¹⁸ “No nos detendremos aquí sobre el concepto de la residencia habitual: se trata en efecto de un concepto familiar a la Conferencia de la Haya, en la que se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio”. Pérez-Véra, Elisa. *Explanatory Report*. Item 66. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=2>. Acesso em 15 jan 2020.

¹⁹ 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/L3071.htm . Acesso em 15 jan 2020.

²⁰ 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 15 jan 2020

aplicação da Convenção da Haia de 1980, não devem ser tecidas considerações sobre a nacionalidade e o domicílio dos envolvidos.²¹

Insta salientar que o artigo 3º da Convenção esclarece que compete ao juiz ou autoridade administrativa analisar o pedido de retorno a fim de se comprovar que a criança efetivamente residia no país o qual se pede a sua volta. Ademais, o Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980²², explica que é necessário o exercício de um direito de guarda para que se tenha sua violação, tendo este sido concedido a um dos ex cônjuges ou ao casal, por decisão judicial ou administrativa, acordo , e no caso da inexistência deles, por atribuição de pleno direito.

2.6 QUEM SÃO OS SEQUESTRADORES?

O artigo 3º da Convenção esclarece que pode ser considerado sequestrador da criança qualquer instituição ou pessoa física, sejam genitores, avós, tios, entre outros, que a removam ou a retenham ilicitamente e em contrário com o direito de guarda e visita do Estado o qual o infante possui residência habitual.

O Grupo Permanente de Estudo expõe a mudança de comportamento das mães e como é o atual quadro, bem como essa subtração da criança pode causar danos irreparáveis:

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. 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, ela certamente representa uma opção bem melhor do 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 conseqüências nefastas, tais como mudança constante de endereço, de convívio social, de escola e às vezes até de nome.²³

2.7 TEMPO NA RESTITUIÇÃO DO MENOR SUBTRAÍDO

²¹ BRASIL. Advocacia-Geral Da União, op.cit., p. 12.

²² BRASIL. Superior Tribunal Federal, op. cit., p. 02.

²³ BRASIL. Superior Tribunal Federal, op. cit., p. 02.

O principal objetivo na Convenção de Haia é a restituição imediata do menor ao seu convívio social e afetivo a fim de que se desenvolva de forma psicologicamente saudável.

Com o intuito de ser o mais célere possível, a Convenção estabeleceu no artigo 11 o prazo de 06 (seis) semanas contados a partir da apresentação do pedido para que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes tomem decisões cabíveis. Não sendo atendido a demanda no tempo informado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido poderá solicitar uma declaração com as razões da demora.

Há ainda no artigo 12 do texto convencional a fixação do limite de 01 (um) ano entre a transferência ou retenção ilícita e o pedido de retorno da criança ser observado pelo juiz. Ressalta-se que nesses casos a celeridade é primordial a fim de se evitar a legalização de uma situação em que a criança foi subtraída de forma indevida de um de seus pais. Assim, conforme prevê o artigo em questão, há maior urgência de análises de casos em que a subtração ocorreu a menos de um ano do início do procedimento diante da Autoridade Central do Estado Contratante.

A partir desse entendimento, a desembargadora Mônica Sifuentes disserta:

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 interesse²⁴.

2.8 AUTORIDADE CENTRAL

O texto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças aborda sobre as autoridades centrais em sua segunda parte. Como mencionado anteriormente no item 2.4, o artigo 6º especifica que cada Estado Contratante deverá designar a Autoridade Central de acordo com a forma de Estado existente. Já o artigo 7º versa que as Autoridades Centrais devem cooperar entre si

²⁴ 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 03 jul. 2020.

e promover essa colaboração entre as Autoridades Centrais competentes dos seus respectivos Estados a fim de assegurar os objetivos da Convenção.

No tocante as Autoridades Centrais, no Brasil é adotado a forma federativa de Estado, da qual fazem parte a União, Estados, Municípios e Distrito Federal conforme disposto no artigo 1º, caput²⁵, e artigo 60, § 4º, inciso I²⁶, da Constituição Federal. Foi escolhido designar apenas uma Autoridade Central, qual seja, a União já que a mesma é o ente federativo que responde internacionalmente pelas obrigações provenientes dos tratados internacionais.

A Secretaria de Direitos Humanos (SDH) é o órgão da Presidência da República que tem como suas atribuições cumprir as obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da Convenção.

O órgão integra a Administração Pública Federal direta, não possuindo personalidade jurídica. Dessa forma, os processos de restituição de menores são encaminhados à Advocacia Geral da União (AGU), órgão que representa a União Federal em juízo. Durante a tramitação do processo a AGU e a SDH se comunicam constantemente a fim de que se preserve os objetivos da Convenção de Haia.

Insta salientar que a SDH atua de acordo com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos a fim de receber e acompanhar pedidos de retorno de crianças e adolescentes apresentados por cônjuges estrangeiros, além de enviar e acompanhar pedidos de retorno de pais brasileiros que tiveram seus filhos retirados ou retidos ilícitamente em países estrangeiros.

2.9 JUÍZES DE ENLACE

A fim de facilitar o funcionamento da Convenção de Haia de 1980, foi desenvolvido na 5ª Reunião da Comissão Especial a criação da Rede Internacional de Juízes de Haia.

Os juízes de enlace, denominados também de juízes de ligação, são o suporte na solução de casos de sequestro internacional de crianças. Segundo o Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980, o juiz de enlace é “um canal

²⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jan 2020.

²⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; ibid.

de comunicação entre os seus colegas, no âmbito interno, e entre estes e outros membros da Rede, no nível internacional”²⁷.

As funções dos juízes de ligação são duas. A primeira seria a troca de informações sobre assuntos de natureza geral, isto é, a legislação vigente e o funcionamento interno do ordenamento judiciário dos países envolvidos. Já a segunda função, refere-se aos casos concretos e funda-se em suprir informações ao juiz competente na análise do pedido de retorno do menor :

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 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.²⁸

A fim de garantir a segurança das partes e dos juízes envolvidos, não se admite a comunicação direta entre o juiz competente e o juiz de enlace estrangeiro. O juiz competente para análise do pedido de retorno solicitará o auxílio do juiz de enlace do seu próprio país, o que ocorre geralmente através do *e-mail*, com a breve exposição do caso e as informações necessárias do juiz estrangeiro para sua apreciação. Após a solicitação, os juízes de ligação atuam como intermediadores do caso, entrando em contato com seu respectivo juiz competente e providenciam seu contato.

Entre as informações que podem ser objeto das comunicações judiciais diretas, têm-se o agendamento de videoconferência para fins de acordo entre os países; verificação de quais são as medidas protetivas disponíveis para a criança e seu genitor no seu país de origem; verificação da aceitação e cumprimento do tribunal estrangeiro em relação aos compromissos acertados pelas partes na jurisdição inicial; verificação da possibilidade do tribunal estrangeiro emitir uma “ordem espelho” (uma mesma ordem em ambas as jurisdições); verificar se houve a conclusão pelo tribunal estrangeiro sobre ocorrência violência doméstica, entre outros.

²⁷ 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: <<https://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: 14 jun. 2020.

²⁸ CALMON, Guilherme; SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 34.

O supramencionado Manual aborda ainda sobre as garantias da comunicação e as garantias do processo²⁹. As primeiras referem-se aos princípios gerais e, consistem no respeito do juiz de enlace à lei de sua própria jurisdição, a independência do juiz envolvido em obter sua própria decisão. Por sua vez, as segundas abordam sobre o procedimento em si, elencando as garantias: notificação das partes sobre a natureza da comunicação judicial proposta, exceto em circunstâncias especiais; gravação e disponibilização da comunicação às partes; formalização escrita das conclusões; presença das partes ou dos representantes em determinados atos, tal como a videoconferência.

No Brasil os juízes de enlace designados são Mônica Sifuentes, desembargadora do TRF 1ª Região e Jorge Antônio Maurique desembargador TRF da 4ª Região.

2.10 EXCEÇÕES À RESIDÊNCIA HABITUAL

Conforme abordado, o intuito da Convenção é o retorno da criança ao local de sua residência habitual, contudo, há algumas exceções presentes no próprio texto convencional que não permitem sua aplicabilidade. Tais exceções estão previstas nos artigos 12,13 e 20, devendo ser interpretados restritivamente.

O artigo 12 versa sobre o tempo entre a data da transferência e do início do processo de retorno do menor. A exceção relativa a esse prazo ocorre quando o pedido é realizado após 01 (um) ano do prazo, sendo necessário a análise do caso concreto para a avaliação de que se o retorno será prejudicial ao menor, isto é, se já se encontra adaptado ao novo ambiente. Leia-se:

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.³⁰

²⁹ CALMON, Guilherme; SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 37- 38.

³⁰ BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**, op. cit. Acesso em : 14 jun. 2020.

Embora possa se questionar sobre a arbitrariedade do prazo mínimo estabelecido para considerar a integração do menor em um novo ambiente, esse critério constitui uma resposta razoável a questão, conforme aponta Pérez-Vera³¹.

O artigo ainda expõe que se comprovado que a criança se encontra adaptada em outro Estado parte da Convenção, o pedido de retorno poderá ser rejeitado ou suspenso. O feito é encaminhado a Autoridade Central desse terceiro país com a provas produzidas pelo Estado requerido.

Em relação ao artigo 13, observa-se a presença de duas exceções:

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.

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.³²

Como demonstrado, essas exceções aplicam-se em casos em que a guarda da criança é anterior à conduta ilícita, além de grave risco ao menor caso retorne ao país de residência habitual e a oposição da criança caso já tenha atingido idade e maturidade para tal.

Nos termos do artigo 13, “a” argumenta-se que o tribunal terá que confrontar a lei do país de residência habitual para determinar se estão presentes os direitos de guarda. Já os termos do artigo 13, “b” devem-se ser aplicados restritivamente, uma vez que os termos “risco grave” e “situação intolerável” estão sujeitos a diferentes interpretações.

³¹ Pérez-Vera, Elisa, op. cit., item 107.

³² BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**, op. cit. Acesso em : 14 jun. 2020.

Nessa segunda hipótese, Tibúrcio e Calmon entendem que deve analisar a existência de um documento formal que comprove a autorização de viagem, uma vez que a ida da criança de forma dissimulada afasta a transferência ou retenção ilícitas³³.

Por fim, no tocante a oposição da criança caso já tenha idade e maturidade para opinar sobre o assunto, é fornecido a autoridade central a discricionariedade para decidir qual a idade e nível de maturidade para conseguir decidir.

O artigo 20 é uma exceção de ordem pública que protege a aplicação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, senão vejamos:

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.³⁴

De acordo com Pérez-Vera, a aplicação do mencionado artigo deve ser feita em caráter excepcional, além disso, devido ao seu conteúdo genérico, é preciso que seja analisado conforme a legislação interna dos Estados³⁵.

Diante do exposto, verifica-se que os artigos referentes a exceção ao retorno imediato da criança ao local de sua residência habitual permitem uma ampla interpretação, sendo necessária a aplicação de forma restritiva.

³³ CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen; *Sequestro internacional de crianças: Comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 287.

³⁴ BRASIL. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**, op. cit. Acesso em : 14 jun. 2020.

³⁵ Pérez-Vera, Elisa, op. cit., item 118.

3. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA NOS CASOS DE SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Para que a Convenção de Haia tenha aplicabilidade, é necessário a existência de determinados requisitos.

Inicialmente, conforme o dispõe o artigo 3º do texto convencional, tem-se que ter ocorrido a subtração de crianças de até 16 (dezesesseis) anos. É válido ressaltar que para que tal fato ocorra, precisa-se ter sido, preliminarmente, conferida a guarda a um dos pais. Ressalta-se ainda que se a criança tiver atingido 16 (dezesesseis) anos completos quando a Convenção for invocada, mesmo que a retenção ou transferência do menor tenha se dado antes de atingir essa idade, não haverá aplicabilidade.

No entanto, certos artigos preveem o retorno da criança por outros meios, quais sejam:

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 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 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.³⁶

Além disso, todos os países envolvidos no pedido de retorno devem ser signatários da Convenção de Haia. Enfatiza-se que quando um país ratifica a Convenção, para que se haja a produção de efeitos, nas relações entre o Estado aderente e os Estados contratantes, estes devem aceitar formalmente a adesão.

Outro requisito concerne à residência habitual da criança, que dispõe o artigo 4º:

³⁶ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000, op. cit. Acesso em : 20 jun. 2020.

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.³⁷

Assim, a Convenção só pode ser invocada quando a criança é retida ou transferida de um Estado contratante para outro Estado contratante, sendo a ilicitude da conduta do genitor analisada com base nas normas do país de residência habitual do menor.

Entretanto, antes de se decidir sobre a guarda, o Estado deverá analisar a conduta ilícita, conforme se verifica no artigo 16:

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.³⁸

No que tange à aplicação da Convenção entre os Estados contratantes, precisa-se fazer uma análise da vigência, já que conforme expõe o artigo 35, a referida Convenção não será aplicada quando a retenção ou transferência ilícita ocorrer antes da entrada em vigor da mesma nos países envolvidos, senão vejamos:

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 à unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.³⁹

Destarte, há o entendimento de que o artigo supramencionado pode ser interpretado de maneira menos restrita, isto é, há o entendimento de que pode ocorrer a aplicação da Convenção caso a retenção ou transferência ilícita se der antes da vigência da mesma mas, permanecer em curso após sua entrada em vigor.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000, op. cit. Acesso em : 14 jun. 2020.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

Por fim, como versa o artigo 12 o pedido de retorno da criança deve ocorrer no período de 01 (um) ano de sua retirada ou retenção do país de residência habitual.

Outro ponto relevante a ser abordado é o princípio do Superior Interesse da Criança.

Desde o preâmbulo da Convenção, é estabelecido que a criança, devido a sua situação de vulnerabilidade, deve ter seus interesses priorizados pelos Estados partes.

Para tanto, o princípio do Superior Interesse da Criança tem como intuito garantir que os direitos fundamentais das crianças sejam resguardados, tendo o menor a sua saúde física, psicológica e emocional garantidos pelos seus guardiões legais, e na ausência deles, pelo Estado.

Este princípio tem como fundamento amparar o menor durante a formação de sua personalidade a fim de que não ocorra danos irreparáveis enquanto ainda não possui plena capacidade de agir de forma madura.

Assim, diante da condição de amadurecimento incompleto e dispondo-se a viabilizar a proteção do indivíduo durante a sua formação, o princípio do Superior Interesse da Criança foi incluído na legislação brasileira.

Como já mencionado, durante a segunda metade da década de 80, a conjuntura nacional e internacional fundamentava-se no resgate da democracia e na busca dos direitos humanos. Diante desse cenário, foi elaborada a Constituição Federal de 1988 que abarca no artigo 227 o dever da família, Estado e sociedade de assegurar ao jovem 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”⁴⁰.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz no artigo 4º ser dever da família, comunidade, sociedade em geral e do poder público assegurar “com absoluta prioridade , a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”⁴¹

⁴⁰ Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 20 jun 2020.

⁴¹ Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em : 20 jun 2020.

Nota-se nos artigos acima a criança sendo observada como vulnerável e, a fim de proporcionar-lhes um sadio desenvolvimento e formação de personalidade, houve a preocupação do legislador em esclarecer quem deve assegurar a integridade dos mesmos e quais são os direitos a serem resguardados.

Traz-se à atenção que o Princípio do Superior Interesse da Criança é um conceito aberto, isto é, está em constante desenvolvimento e passível de ser interpretado de forma diferente de acordo com as necessidades de cada época. Nesse sentido:

[...] percebe-se que é muito difícil conceituar de uma única forma o princípio do superior interesse da criança, pelo fato de estar sujeito ao arbítrio de cada juiz, que procura interpretar e julgar o processo com a máxima singularidade, analisando todos os dados e fatos relacionados ao caso. Ou seja, o referido princípio não pode ser considerado como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é conferida ao juiz⁴².

Ressalta-se:

Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto⁴³.

Contudo, por ser um princípio que visa proteger a infância e juventude, é essencial que o magistrado sobreponha os interesses do menor aos de outras instituições. Com esse intuito, o sistema jurídico brasileiro acolheu esse princípio, sendo visível na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente.

⁴² TONINELLO, Fernanda. *A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de seqüestro internacional de menores*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-3, jan./jun. 2007, p. 3. Disponível em: < <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd> > . Acesso em: 20 jun 2020.

⁴³ PEREIRA, Rodrigo da C. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 91. Disponível em : < <https://classroom.google.com/u/2/c/MTE1OTQwNjI1NDIy/m/MTE2MDcxODQyNzg2/details>>. Acesso em: 20 jun 2020.

4. A CONVENÇÃO DE HAIA APLICADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. INTERNACIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL

Tratados são acordos firmados entre pessoas jurídicas de Direito Público cuja finalidade é a produção de efeitos. Para serem válidos são aplicados a partir do consentimento mútuo dos Estados partes, bem como o objeto deve ser lícito e possível. Uma vez firmado, cria-se uma obrigação entre os Estados signatários a fim de que o objetivo desse tratado seja cumprido, respeitando o princípio do *pacta sunt servanda*⁴⁴.

Insta salientar que tratado é uma expressão genérica, consoante com o conteúdo, forma, objeto ou finalidade pode ser denominado como acordo, convenção, protocolo, compromisso, declaração. Entretanto, o conceito mais comum sendo utilizado na doutrina é o de acordo internacional, conforme o artigo 2º, primeira parte, alínea “a” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, incorporado no Brasil pelo Decreto Nº 7030 de 14 de dezembro de 2009:

Artigo 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;⁴⁵

Jacob Dolinger demonstra como se dá o processo de elaboração e incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro:

1) negociação entre as partes e assinatura do texto final: incumbe privativamente ao Presidente da República manter relações com Estados Estrangeiros (CF, art. 84, VII) e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Nessa atribuição de chefe de Estado, o Presidente pode nomear plenipotenciários para assinar tratados em seu nome.

2) aprovação pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I): essa fase se inicia com uma mensagem do Presidente da República. O Congresso Nacional delibera por maioria dos presentes, sendo que Câmara e Senado votam

⁴⁴ Em 1969 foi realizada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para regular o processo de formação de tratados internacionais, promulgando no artigo 26: *Pacta sunt servanda*: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 20 jun 2020.

⁴⁵ Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 20 jun 2020.

separadamente. O Congresso não pode emendar ou alterar o texto do tratado, cabendo-lhe apenas o papel de aprová-lo ou não. A aprovação do Congresso é divulgada com a publicação de um Decreto Legislativo promulgado pelo seu Presidente;

3) a terceira etapa pode tomar duas formas distintas:

a) ratificação: ato do Chefe do Executivo no plano externo. Ocorre somente quando o Brasil assina o texto original do tratado. Se este for bilateral, ratifica-se pela via da troca de notas; se multilateral, pelo depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional que tenha patrocinado a elaboração do acordo. Nos pactos bilaterais, não cabem reservas, pois estas consubstanciaríamos um novo tratado; nos multilaterais, salvo regra expressa em seu próprio texto, o Presidente da República pode apor reservas, para as quais se requer apenas a ciência (não anuência) das outras partes; ou b) adesão: ocorre quando o Brasil, sem ter firmado um tratado, quer, posteriormente, ser parte dele. Os efeitos internacionais da adesão equivalem aos da ratificação;

4) promulgação e publicação: são atos que visam à publicidade no plano interno. O Chefe do Executivo promulga e faz publicar um decreto em que se divulga o texto integral do pacto, sendo esta uma praxe existente desde o tempo do Império, em que pese a inexistência de disposição legal neste sentido específica para os tratados. Antes da promulgação, um tratado internacional não produz efeitos no plano interno.

A forma própria de revogação de tratado é a denúncia, que produz efeitos geralmente após um ano. Conforme a doutrina tradicional, cuida-se de ato exclusivo do Presidente da República, sendo desnecessária a manifestação do Legislativo. Há, todavia, quem sustente que, como são necessárias as vontades do Executivo e do Legislativo para a sua aprovação, para a denúncia também deveria ser necessária a manifestação de ambos.⁴⁶

Em relação a denúncia, forma de revogação do tratado, é considerada ato unilateral que formaliza a desvinculação de um Estado com suas obrigações, sem prejudicar os demais Estados-partes quando o tratado é multilateral. Contudo, quando há denúncia em tratados bilaterais, há a sua extinção.

Como abordado por Dolinger acima, a doutrina tradicional considera a denúncia como ato exclusivo do Presidente da República, entretanto, tal entendimento não é pacífico, já que não há posicionamento no sentido em que o Poder Legislativo se faz necessário para a aprovação do tratado.

4.2 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Uma das consequências da globalização foi a remodelação das fronteiras nacionais, que se tornaram cada vez mais tênues. Diante desse contexto, a cooperação jurídica internacional se intensificou, uma vez que, é método que fornece o acesso à Justiça independente do lugar no qual o indivíduo se encontre.

A cooperação jurídica internacional foi definida por Nádia de Araújo como :

⁴⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Parte Geral e Processo Internacional*. 15ª ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020. p. 100-101.

Intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial em sua jurisdição- atributo por excelência da soberania do Estado -, e precisar pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele.⁴⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, a cooperação internacional encontra-se tutelada pela Carta Magna, em seu artigo 4º, inciso IX, que informa que a República Federativa do Brasil é regida internacionalmente por princípios como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe sobre o seguinte sobre a matéria:

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 no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se 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 que produzam resultados 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.⁴⁸

A comunicação de um Estado- Parte com outro é realizada através da Autoridade Central, a qual é responsável pelo trâmite burocrático entre os membros do tratado. Os mecanismos utilizados para viabilizar esse trâmite são carta rogatória, ação de homologação de sentença estrangeira e auxílio direito.

No que tange a carta rogatória e ação de homologação de sentença estrangeira, Nádia de Araújo esclarece:

A cooperação jurídica internacional de cunho tradicional, se efetiva através de cartas rogatórias e do reconhecimento e execução de sentenças

⁴⁷ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 218.

⁴⁸ Disponível : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em : 20 jun 2020.

estrangeiras, institutos consagrados no direito processual civil brasileiro e de outros países.⁴⁹

A carta rogatória é um instrumento através do qual um país requer que o órgão jurisdicional de outro cumpra um ato judicial.

No Brasil, quando a carta rogatória é recebida de uma autoridade estrangeira para cumprimento, esta deve ser encaminhada pelo Ministério das Relações Exteriores ao Superior Tribunal de Justiça a fim de que se analise o “exequatur”, isto é, a autorização para a execução⁵⁰.

O “exequatur” consiste no reconhecimento de que a carta rogatória não ofende a ordem pública, a dignidade da pessoa humana, a soberania nacional e na autorização para a execução, os atos processuais e diligências emanadas de autoridades estrangeiras.

Posteriormente, o Presidente do STJ intima a parte requerida para, no prazo de 15 dias, caso queira, impugnar o pedido de concessão da “exequatur”.

Se, a parte requerida, optar por não apresentar impugnação, lhe será nomeado, pelo Presidente do STJ, um curador especial.

Após a apresentação de impugnação, seja pela parte requerida ou por curador especial, é concedido visto aos autos ao Ministério Público Federal, para, querendo, apresentar impugnação. Em ato contínuo, o Presidente do STJ analisa as manifestações apresentadas e profere decisão passível de recurso – agravo de instrumento.

Com a análise e concessão da “exequatur”, a carta rogatória é encaminhada a Justiça Federal competente para seu devido cumprimento. Versa o artigo 109, inciso X da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

⁴⁹ ARAUJO, Nádia, et al. *A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional*. 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 37.

⁵⁰ Art 105. Compete ao Superior Trinunal de Justiça : I - processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 20 jun 2020.

Sendo cumprida ou verificado a impossibilidade de seu cumprimento, a carta rogatória é devolvida ao Presidente do STJ, que deve remetê-la à autoridade estrangeira de origem.

Por sua vez, a ação de homologação de sentença estrangeira é um instrumento jurídico cujo objetivo é executar internamente a sentença proferida em outros países, surtindo efeito no Brasil após a homologação feita pela autoridade competente. Como dispõe o artigo 216 – A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é de responsabilidade do Presidente do Tribunal homologar sentença estrangeira⁵¹.

Este instrumento de aplicação para a cooperação jurídica internacional segue as mesmas etapas de análise da “exequatur” anteriormente mencionados.

Contudo, há ainda outros requisitos para que ocorra a homologação da sentença estrangeira no Brasil. Tais requisitos estão expostos no artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

- Art. 15.** Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:
- a)** haver sido proferida por juiz competente;
 - b)** terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
 - c)** ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
 - d)** estar traduzida por intérprete autorizado;
 - e)** ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.⁵²

É válido mencionar que a partir da Emenda Constitucional N° 45/2004 o órgão competente para homologar sentenças estrangeiras passou a ser o STJ.

No tocante aos casos de sequestro internacional de crianças, tanto o menor quanto o genitor que teve o filho subtraído encontram-se em situação de abalo emocional. Ademais, em tais casos quando os países envolvidos não são signatários da Convenção, ou mesmo quando apenas um não o é, há um grande gasto financeiro por parte do genitor que teve seu filho subtraído para viajar ao país estrangeiro e buscar na justiça local a restituição da criança, isso quando se tem o conhecimento de onde está localizada.

Entretanto, em casos de sequestro internacional de crianças em que os Estados envolvidos possuam essa cooperação jurídica, utiliza-se o auxílio direto,

⁵¹Disponível em : < <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/532/3959>>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁵² Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 20 jun 2020.

instrumento de cooperação jurídica internacional que foi incorporado ao direito brasileiro mais recentemente.

Enfatiza-se que o auxílio direto somente é aplicado se houver no ordenamento jurídico o entendimento de cooperação, caso não haja, o instrumento jurídico utilizado é a carta rogatória.

Jacob Dolinger comparou o uso do auxílio direto e da carta rogatória:

[...] 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 a 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 deliberação da decisão estrangeira; diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido⁵³

Na modalidade do auxílio direto, o pedido de cooperação internacional é encaminhado pela Autoridade Central estrangeira à brasileira. Sobre esse tipo de instrumento, Maria Rosa Guimarães Loula disserta:

De acordo com nosso ponto de vista, a não incidência de diferentes ordenamentos jurídicos e línguas em um mesmo processo representa um facilitador da cooperação. [...] Portanto, podemos afirmar, pelas razões acima expostas, que o auxílio direto representa, em regra, mecanismo mais fácil de cooperação jurídica internacional, pois evita a incidência de múltiplos ordenamentos jurídicos e de mais uma língua no processo (ou ao menos diminui as hipóteses da incidência desses). No Brasil, além dessas facilidades, o auxílio direto não se submete à apreciação do STJ, já que não há que se falar em deliberação nesse instrumento de cooperação jurídica internacional.⁵⁴

Outro ponto importante, é que como mencionado no item 2.9 desse trabalho, os juízes de enlace atuam juntamente com a Autoridade Central brasileira, a fim de que o trâmite processual seja célere.

Mônica Sifuentes disserta sobre os objetivos que visam por meio da comunicação entre os juízes de enlace e o juiz do caso, quais sejam:

- a) Verificar o estado atual do processo e as providências que estão sendo tomadas. Essa medida tem se revelado importante porque, em razão

⁵³ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, op. cit., p. 848

⁵⁴ LOULA, Maria Rosa Guimarães. Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108 – 109.

desses casos tramitarem sob sigredo de justiça, muitas vezes a Autoridade Central 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.⁵⁵

Sobreleva-se que o Brasil como Estado signatário da Convenção tem a obrigação perante a comunidade internacional de cooperar em casos de sequestro de crianças.

Dessa forma, tendo em vista a pouca divulgação sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro, e o desconhecimento até mesmo entre os estudantes da área jurídica, a fim de que sejam cumpridas as responsabilidades assumidas perante a Convenção de Haia de 1980, foi criado em agosto de 2006 pela Ministra Ellen Gracie Northfleet, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção de Haia de 1980 para divulgação do tema e disseminação dos estudos do texto convencional.

O Grupo sugeriu medidas a serem aplicadas pelos órgãos responsáveis para agilizar no andamento dos procedimentos:

- a) Criação de classes processuais específicas sobre o seqüestro 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,

⁵⁵ SIFUENTES, Mônica. *Sequestro Interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haide 1980*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, 2009, p. 8. Disponível em : <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-da-haia-de-1980.pdf>>. Acesso em : 20 jun 2020.

- 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.⁵⁶

4.3 ADESÃO DO BRASIL NA CONVENÇÃO

Em 25 de outubro de 1980 foi concluída na cidade de Haia, Holanda, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado em que foi assinado o documento internacional conhecido como Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Tal documento entrou em vigor internacionalmente em 1º de dezembro de 1983.

No Brasil, a Convenção foi aprovada através de Decreto Legislativo Nº 79 em 15 de setembro de 1999 e entrou em vigor a partir de 1º de janeiro de 2000. Através do Decreto n. 3413, de 14 de abril de 2000, a Convenção foi promulgada nacionalmente.

Ao aderir ao texto convencional, o Estado brasileiro fez uso da reserva prevista no artigo 42, determinando que os documentos estrangeiros juntados aos autos devem vir acompanhados de tradução em língua portuguesa. Assim, o § 1º do artigo 1º do Decreto Legislativo Nº 79, de 15 de setembro de 1999, estabeleceu o seguinte:

§ 1º Faz-se a 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.⁵⁷

Observa-se, contudo, que o artigo 24 da Convenção estabelece que caso seja de difícil tradução os documentos para a língua oficial do Estado Requerido, pode o Estado Requerente enviar a tradução do documento em inglês ou francês.

Assim, estranha-se a exigência de que sejam enviados os documentos traduzidos em língua portuguesa, visto que, dificulta para o Estado Requerente a produção da tradução nos moldes exigidos.

4.4 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS NA SOLICITAÇÃO DO RETORNO DA CRIANÇA AO BRASIL

⁵⁶ SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 8-9.

⁵⁷ Disponível em : <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

Sendo a celeridade um dos aspectos mais relevantes para a restituição da criança ou adolescente à sua residência habitual, a Convenção de Haia dispõe sobre questões processuais para não ter morosidade nos processos.

À vista disso, com base na Convenção, prelude o artigo 3º sobre quando a transferência ou restituição da criança é considerada ilícita, devendo ser feita a comunicação imediata com a Autoridade Central do país do qual o menor foi subtraído, vide o artigo 6º :

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.⁵⁸

No que tange ao pedido de retorno, o texto convencional apresenta uma série de requisitos no decorrer do artigo 8º a fim de que ocorra a identificação do menor, sua possível localização e as partes interessadas, vide:

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 atribuí 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 retorno 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 relevante⁵⁹

⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000, op. cit. Acesso em : 02 jul. 2020.

⁵⁹ Idem.

A Advocacia Geral da União informa ainda sobre os documentos necessários para iniciar o pedido judicial de restituição do menor:

3) QUAIS DOCUMENTOS DEVEM SER JUNTADOS AO PEDIDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA O RETORNO DE MENORES? 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 (leftbehindparent) 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).⁶⁰

Cumprido ressaltar que após receber o pedido de cooperação jurídica por parte da Autoridade Central do país requerente ou da própria pessoa interessada, são observadas as medidas estabelecidas no artigo 7º a fim de que a criança ou adolescente retorne imediatamente para sua residência habitual. As medidas a serem tomadas envolvem a comunicação entre a Autoridade Central requerente e órgãos internos e externos, tal como a Interpol. Salienta-se que o rol mencionado é meramente exemplificativo, estabelecendo atribuições, direta ou indiretamente, da Autoridade Central para concretizar os objetivos da Convenção.

Entretanto, em casos de países signatários mas que não tenham o reconhecimento expresso da adesão brasileira, ocorre o envio do pedido de retorno da Autoridade Central Federal ao Ministério de Relações Exteriores, que entra em contato com a Autoridade Central requerente.

A partir da aceitação e instauração do pedido administrativo no Brasil e a observância dos documentos acima mencionados, cabe a Autoridade Central brasileira expedir uma notificação através de carta ao agente subtrator.

Conforme disposto no artigo 10 da Convenção, a Autoridade Central onde se encontra a criança ou adolescente deve tomar todas as medidas necessárias para o retorno da mesma, sendo o mecanismo mais utilizado a mediação. Por sua vez, o Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 dispõe:

A judicialização prematura dos litígios relacionados ao tema do sequestro internacional de crianças pode gerar a inviabilização de solução consensual e adequada do conflito. Daí a existência de recomendação de se buscar submeter o caso a profissionais que possam facilitar e estimular a construção de uma solução amigável. A autoridade central deve organizar reuniões com as pessoas envolvidas – aí incluído o genitor que agiu ilicitamente –, além de informar sobre o mecanismo de funcionamento da

⁶⁰ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678> . Acesso em: 04 jul. 2020.

Convenção de 1980. Uma das medidas com maior índice de sucesso é a realização de mediação, de maneira a permitir o retorno voluntário da criança, com menor custo econômico e prejuízo emocional a todos, em especial a ela.⁶¹

Acentua-se que na ação de restituição deve ser respeitado o princípio do contraditório, com disposição do genitor que subtraiu o menor poder argumentar sobre as exceções previstas na Convenção, já abordadas no tópico 2.7 do presente trabalho.

4.4.1 Medidas judiciais adotadas em casos de não restituição voluntária

Caso não ocorra a restituição voluntária do menor, a Autoridade Central deverá encaminhar o caso para a Advocacia Geral da União para análise e promoção da medida cabível. Ainda assim a Autoridade Central acompanha todas as fases do processo para a garantia de todas as disposições convencionais.

A União Federal atua nos casos que envolvem a Convenção de Haia devido a uma obrigação da República Federativa do Brasil em assumir os compromissos internacionais relativos à subtração internacional de menores.

O órgão de representação processual da União é a AGU que exprime em juízo seus interesses. Nesse contexto, esclarece-se que a Autoridade Central brasileira, a SDH, não é dotada de personalidade jurídica e por isso, o caso é encaminhado à Advocacia Geral da União.

A Advocacia Geral da União é estruturada com o Departamento Internacional sediado em Brasília, que reúne e consolida as orientações jurídicas e teses adotadas nos processos judiciais. O acompanhamento da tramitação dos processos junto às varas da Justiça Federal em todo território brasileiro é realizado pelas procuradorias regionais (que atuam junto aos tribunais regionais federais), procuradorias da União (que atuam junto às varas federais nas capitais do Estado e Distrito Federal) e procuradorias seccionais (que atuam junto às varas federais nas subseções judiciárias do interior dos Estados).⁶²

Em relação aos processos que envolvem Direito Internacional, a AGU possui advogados especializados para atuação na área.

Em sede da Convenção de Haia as medidas judiciais adotadas atualmente para obtenção de liminar são a ação de busca e apreensão, ação para garantir o

⁶¹ SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme, op. cit., p. 14.

⁶² SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme; op. cit., p. 16.

direito de visita e ação declaratória de licitude de guarda. O deferimento da liminar tem a finalidade de evitar uma nova subtração por parte do requerente e esta é condicionada à existência de risco irreparável e plausibilidade das alegações.

Na ação de busca e apreensão o requerente deve comprovar ser o detentor da guarda e que a criança ou adolescente já residiu antes da subtração ilícita no exterior. Na ação para garantir o direito de visita é necessário provas do direito e da violação. Na ação declaratória de licitude de guarda o requerente necessita comprovar ser o detentor da guarda e que o menor já residiu no Brasil, mesmo que sem a autorização do requerido. Em todas essas ações é necessário a apresentação de provas para o deferimento do pedido.

Destaca-se que no processo de restituição deve ser observado o artigo 3º da Convenção a fim de se analisar se o menor foi subtraído ou retido ilicitamente por parte de um dos genitores. Esse artigo consagra o princípio do interesse processual de agir, tendo o autor que demonstrar a necessidade da tutela jurisdicional pedida.

A audiência pode ser composta por tentativa de conciliação, oitiva do menor, realização da perícia para verificar a inexistência de dano psicológico ou risco e videoconferência para o contato do menor com o(a) genitor(a) que não se encontra em território brasileiro.

4.5 SENTENÇA E GARANTIAS DE RETORNO

A natureza da sentença em processos de reconhecimento da procedência do pedido de restituição do infante é condenatória e fixa a obrigação do retorno seguro do mesmo para sua residência habitual.

Assim para assegurar que tal objetivo seja cumprido, o Manual de Convenção de Haia de 1980 elencou as principais medidas a serem adotadas, quais sejam:

1. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de manutenção e vigilância de fronteiras e de trânsito internacional de pessoas, tais como, a Polícia Federal – neste caso, inclusive, para o cancelamento ou a suspensão da validade do passaporte eventualmente expedido em prol da criança –, a Infraero e a Interpol;
2. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de vigilância do trânsito nacional de pessoas, tais como, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Militar (onde houver, e se tiver atribuição de fiscalização de rodovias estaduais);
3. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de fiscalização do transporte marítimo, como a Capitania dos Portos;
4. a comunicação da ordem de busca e apreensão às empresas de transporte aéreo, rodoviário e marítimo, para que se abstenham de comercializar passagem para o transporte da criança; e
5. a comunicação

da ordem de busca e apreensão à Autoridade Central brasileira, bem como, à(s) autoridade(s) diplomática(s) e/ou consular(es) do Estado de residência habitual da família.⁶³

O Manual elenca ainda outras diligências que podem ser executadas a fim de preservar psicologicamente o infante:

1. a determinação de que a medida de busca e apreensão seja efetuada por dois Oficiais de Justiça (art. 842, caput, do Código de Processo Civil) – um dos quais, do sexo feminino –, acompanhados por psicólogo e assistente social;
2. a garantia da possibilidade de o genitor responsável pela abdução (subtração/retenção) acompanhar a criança, no retorno, e com ela permanecer, no Estado de residência habitual, até que haja decisão do juiz natural acerca da situação material da criança – caso em que, se necessário, o juízo poderá estabelecer, como condição suspensiva da efetividade da tutela de busca e apreensão, que a passagem aérea e estada desse genitor naquele país, se necessário, sejam fornecidas ou custeadas pelo Estado estrangeiro ou pelo genitor requerente do retorno;
3. a prestação de assistência jurídica ao genitor responsável pela abdução (subtração/retenção), no processo (a ser) instaurado perante o juiz natural, até que haja decisão definitiva quanto à situação jurídica material da criança – caso em que, se necessário, o juízo poderá estabelecer que o respectivo custeio seja comprovado pelo Estado estrangeiro ou pelo genitor requerente do retorno, também como condição suspensiva da efetividade da tutela de busca e apreensão; e
4. a prestação de alimentos provisórios para a criança e, se necessário, para o genitor responsável pela abdução (subtração/retenção), até que haja decisão definitiva quanto à situação jurídica material da criança, pelo juiz natural.⁶⁴

O Manual apresenta ainda como os sendo os recursos cabíveis contra a sentença o agravo de instrumento em decisões que defiram ou indefiram a liminar e a apelação da sentença que julgue procedente ou improcedente o pedido ou que extinga o processo sem resolução de mérito⁶⁵.

4.6 O ARTIGO 16 DA CONVENÇÃO DE HAIA

Antes de abordar especificamente sobre o artigo 16 da Convenção de Haia, faz-se necessário a breve asserção sobre competência.

Faz-se preciso esclarecer que o conceito de competência e jurisdição não se confunde, consistindo essa no poder de dizer o direito ao caso concreto. Segundo Nádya Araújo, a jurisdição é ilimitada, já que cada Estado é dotado de sua própria soberania. Contudo, a fim de se respeitar a soberania de cada Estado, deve ser delimitado as causas convenientes a cada um julgar, sendo demonstrado a seguir:

⁶³ SIFUENTES, Mônica, CALMON, Guilherme; op. Cit. p. 40-41.

⁶⁴ Ibidem, p.41.

⁶⁵ Ibidem, p.45.

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 jurisdicional⁶⁶.

Manifesta ainda Daniel Amorim:

Afirmar que qualquer juiz, de qualquer órgão jurisdicional, tem jurisdição em todo o território nacional não significa que possa exercer a função jurisdicional de forma ilimitada. O ato do juiz, devidamente investido de jurisdição, sempre existirá, mas por vezes, quando exercido fora de certos limites traçados pela lei, poderá ser nulo, estando nessa determinação de limites a importância do fenômeno da competência⁶⁷.

A competência, por sua vez, é conceituada pelo supramencionado autor como “limitação do exercício legítimo da jurisdição”⁶⁸.

Ademais, a competência pode ser interna ou internacional. A primeira se refere as demandas cuja apreciação cabe ao ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser analisado qual órgão do Poder Judiciário será competente para julgar. Já a segunda, se refere a quais causas compete a Justiça brasileira apreciar como Estado soberano.

A competência internacional está disposta no Código de Processo Civil, sendo dividida em competência internacional exclusiva (artigo 23) e competência internacional concorrente (artigos 21 e 22), sendo tais artigos taxativos.

Na competência internacional exclusiva é desconsiderado sentença estrangeira sobre o fato, não sendo homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

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.

A competência internacional concorrente está nos seguintes artigos:

⁶⁶ ARAÚJO, Nádia, op. cit., p. 164 – 165.

⁶⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 8ª ed. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 326.

⁶⁸ Idem.

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.

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.

Assim, tanto a Justiça brasileira quanto a estrangeira são competentes para julgar as matérias acima mencionadas. O STJ pode homologar sentença estrangeira que surtirá efeito em território nacional. Em caso de sequestro internacional de crianças cabe a competência concorrente.

O artigo 24 do mesmo diploma, dispõe sobre quando há duas ações idênticas tramitando em juízo, em Estados diferentes:

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.

Dessa forma, na coexistência de duas ações que versem sobre o mesmo objeto, uma em Justiça brasileira e outra em estrangeira, prevalece a coisa julgada daquela que primeiro for decidido.

Por fim, em relação ao tópico a ser abordado abaixo, tem-se o artigo 25 do Código de Processo Civil:

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.

Em relação ao sequestro internacional de crianças, a prioridade é o retorno da criança a sua residência habitual, assim não se admite fixação da competência decorrente de intervenção externa.

Nesse sentido, insta abordar a relevância do artigo 16 da Convenção de Haia de 1980.

O artigo 16 da Convenção é fundamental para o êxito de sua aplicação, cujo intuito é evitar que o Estado a quem se pede restituição do menor decida sobre a guarda, como exposto:

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 intuito dos Estados-membros ao elaborar o artigo acima foi que o juiz natural, isto é, o juiz de onde o infante detinha residência habitual, resolvesse o direito de guarda. Não se trata apenas de fazer com que o menor retorne ao seu convívio social, como também encaminhar a questão da guarda a autoridade competente. O texto convencional foi formulado baseado no pressuposto de que a autoridade competente do último local de residência habitual do infante possui os meios para obter informações acerca da vida privada e avaliar da melhor forma possível o direito de guarda dos genitores.

Nesse contexto, prelude a Advocacia Geral da União:

10) A JUSTIÇA BRASILEIRA PODE CONCEDER A GUARDA DA CRIANÇA AO GENITOR QUE A TRANSFERIU OU A RETEVE ILICITAMENTE?

Não. O texto da Convenção da 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.⁶⁹

⁶⁹ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/122678> . Acesso em: 05 jul. 2020.

Vale destacar que a proibição de decidir sobre o direito de guarda cessa caso tenha um acordo entre as partes ou pela rejeição das exceções previstas nos artigos 13 e 20. Ademais, pode ainda o juiz acolher tais exceções e decidir pela improcedência do pedido de restituição, então, a autoridade local de onde o infante se encontra decide pela guarda.

Outra hipótese abordada no artigo 16 é ausência do pedido de restituição em prazo razoável, entretanto, o texto convencional não esclarece o tempo considerado, cabendo ao juiz decidir. Por sua vez, pode ser considerado o período de 01 (um) ano estabelecido no artigo 12 da Convenção. Conforme comentado no item 2.4, o transcurso do tempo é analisado de acordo com a adaptação da criança no novo ambiente.

Por conseguinte, expõe o Ministério das Relações Exteriores em Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores:

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 mecanismos da Convenção). Assim, na aplicação da Convenção, o juiz não levará em consideração a nacionalidade dos envolvidos.⁷⁰

Como disposto, a Convenção foi elaborada com o pressuposto de que o local de residência habitual da criança é o melhor para decidir sobre o direito de guarda, visto que o juízo local consegue as informações sobre a vida privada desse menor de forma mais fácil e rápida para o andamento do processo.

Todavia, faz-se preciso analisar o tempo decorrido entre a transferência ou retenção ilícita do menor e a data do início do processo para considerar o local de residência habitual e/ou as condições previstas no texto convencional para desconsiderar o retorno da criança ao país de origem, como previsto no artigo 16.

Apesar das restrições impostas pelo artigo supramencionado, há a possibilidade de existir, ou estar em iminência de existir, uma decisão sobre o direito de guarda no Estado de refúgio. Isto posto, o artigo 17 da Convenção discorre que o fato de uma decisão sobre a guarda não constitui óbice para a ordem de retorno do menor ao seu país de residência habitual. No Brasil, a competência para apreciação

⁷⁰ 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: 05 jul 2020.

de casos relativos à aplicação da Convenção é a Justiça Federal, contudo, em situações de direito de guarda a apreciação cabe a Justiça da Infância e Juventude. Tal dualidade de jurisdições é a causa de problemas no cumprimento da Convenção, o que acarreta em demora no julgamento de casos.

4.7 A DUALIDADE DE JURISDIÇÕES: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL

No Brasil há a coexistência da Justiça Federal e da Justiça Estadual cujas competências estão respectivamente elencadas nos artigos 109 e 125, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Essa dualidade implica em um empecilho para que o Brasil atue de modo vertiginoso na cooperação jurídica internacional, conforme explica Mônica Sifuentes:

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 decidir com quem ficará a guarda. O impasse acaba por causar maiores delongas no procedimento.⁷¹

Logo, a maior problemática para as autoridades brasileiras no cumprimento da Convenção é a adequação do artigo 16 em face da existência de duas esferas distintas de competência judicial.

É comum ocorrer, como dito, que, no momento da propositura do pedido de restituição, já esteja em curso, perante a Justiça comum dos Estados, ação para fixação do direito de guarda, proposta pelo genitor que esteja na posse da criança. A solução para esse delicado problema, que tem sido fonte de infundáveis discussões, passa pela análise da competência das duas esferas judiciais e a escolha de um elemento de conexão entre elas, de modo a possibilitar ao menos a ciência, por ambos os juízes, dos procedimentos e providências determinados por uma ou outra.⁷²

⁷¹ SIFUENTES, Mônica; op. cit., p. 61.

⁷² Ibidem, p. 61.

No tocante a competência, cabe ao Tribunal de Justiça apreciar o incidente quando abrange juízes estaduais e ao Tribunal Regional Federal quando envolve juízes federais. Como dispõe o artigo 105, I, d, da Constituição Federal, a competência é do Superior Tribunal de Justiça quando ocorrer conflito “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, compete ao Supremo Tribunal Federal “os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal”, vide artigo 102, I, o, da Carta Magna.

Em caso de subtração internacional de menores, o conflito de competência ocorre entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, por conseguinte o incidente será de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, não há dúvida sobre a competência da Justiça Federal para apreciação de questões relativas aos contratos ou tratados internacionais firmados pela União, disposto pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 21, I e 109:

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; [...]

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Concomitantemente, há ainda o julgado no qual o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a competência da Justiça Federal para apreciar os pedidos de restituição formulados nos termos da Convenção de Haia de 1980, demonstrado a seguir:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA 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 socioafetiva 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).

Assim, a dúvida existente é sobre como proceder caso o subtrator tenha formulado o pedido de guarda perante o juiz de família local.

4.7.1 O posicionamento do STJ sobre a possibilidade de conexão entre ações de restituição e de guarda

Indubitavelmente há dificuldade em relação à aplicação do artigo 16 da Convenção de Haia de 1980 em casos em que há ações paralelas. Existe a indagação se em tal circunstância, isto é, quando uma ação é ajuizada perante a Justiça Federal com o fim do retorno do menor ao país de origem e outra é ajuizada perante a Justiça Estadual pelo subtrator com o fim de regularizar a guarda, quem julga é a Justiça Federal em face da conexão entre as ações ou se o juiz de família deverá suspender a ação de guarda.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a conexão de ações referentes à subtração internacional de crianças é que deve ser feita a reunião dessas ações perante a Justiça Federal, como verificado nos precedentes abaixo:

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 artigo 103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto, a reunião dos feitos (artigo 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 artigo 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.” (CC 64.012/TO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2006, DJ 09/11/2006, p. 250). “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM POSSE E GUARDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL COM FUNDAMENTO NA CONVENÇÃO DA 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 socioafetiva 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 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. (STJ. CC 100.345/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 18/03/2009. No mesmo sentido: CC 118.351/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 05/10/2011).

Nesse diapasão, elabora Humberto Theodoro Júnior que em causas em que há conexão entre as ações, esta deveria ser a regra geral e a suspensão deveria ser apenas uma excepcionalidade.

Não há contradição entre a regra do art. 313, V, a, do NCPC, que manda suspender a causa prejudicada, e a do art. 55, § 1º, 39 que manda reunir as causas conexas, para julgamento simultâneo. 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 absoluto, 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.⁷³

No que tange a suspensão, esta é prevista nos artigos 313 a 315 do CPC/15, consistindo na paralisação temporária do processo, cuja relação processual continua a gerar efeitos.

⁷³ 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.722.

Outrossim, o artigo 313 do CPC elenca as hipóteses de suspensão, para o tema abordado a prejudicialidade externa é o mais relevante a ser analisado, senão vejamos:

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;

As questões da prejudicialidade são pertencentes à existência, inexistência ou modo de ser de uma relação ou situação jurídica e, embora não constituam o mérito da causa, são relevantes para a solução da lide principal. Quando analisadas pelo mesmo juiz responsável pela questão principal, são ditas prejudiciais internas, já quando são objetos de processos pendentes, são chamadas de prejudiciais externas.

Nesse sentido, o Grupo Permanente de Estudos do STF se posiciona sob o entendimento de que a suspensão seria uma solução racional para a Convenção de Haia:

[...]sendo absoluta a competência da Justiça Federal e de ordem pública a matéria tratada na ação que nela tem curso (tratado 29 internacional), poderá o juiz federal solicitar ao juiz estadual onde tramita a ação de guarda que suspenda o processo[...]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 já 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 o 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, CPC); A três, porque já se decidiu que a competência da 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. AVOCÇÃO, 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) ⁷⁴

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 29- 31.

Com o mesmo entendimento do grupo acima mencionado, o STJ já decidiu no sentido de suspender a ação de guarda e regulamentação de visitas:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 147.876 - SC (2016/0198998-4)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI SUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 1A VARA DE LAGES - SJ/SC SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA DE LAGES - SC INTERES. : L C ADVOGADO : AIDÊ ANTUNES E OUTRO (S) - SC000895 INTERES. : S DE M F CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM BASE NA CONVENÇÃO DE HAIA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO. PREJUDICIALIDADE EXTERNA. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO DE GUARDA. 1. Não há conexão entre as ações de guarda em trâmite na Justiça Estadual e a ação de busca e apreensão fundamentada na Convenção de Haia proposta na Justiça Federal a determinar a reunião de processos, mas tão somente prejudicialidade externa entre elas, o que impõe a manutenção da competência de cada um dos Juízos envolvidos, mas a necessidade de suspensão da ação de guarda pelo juízo estadual. 2. Conflito conhecido para determinar o retorno da ação de guarda ao juízo estadual, que deverá suspender o processo até o julgamento final da ação de busca e apreensão pela Justiça Federal. DECISÃO Cuida-se de conflito negativo de competência entre o JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE LAGES - SJ/SC, suscitante, e o JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA DE LAGES - SC, suscitado. Ação em trâmite no Juízo Federal: Ação de busca, apreensão e restituição de menor proposta pela UNIÃO em face de L C pelo descumprimento da Convenção de Haia. Ação em trâmite no Juízo de Direito da Vara de Família: Ação de guarda e regulamentação de visitas proposta por L C em face de S DE M F. Manifestação do Juízo suscitado: declinou de sua competência em favor do juízo suscitante, sob o argumento de que havia conexão entre as ações. Manifestação do Juízo suscitante: suscitou o presente conflito de competência, ao entendimento de que entre as ações não há conexão, mas somente prejudicialidade externa. A sentença de procedência da ação de busca e apreensão, implicará na prejudicialidade da ação de guarda, na medida em que caberá à autoridade judicial da residência habitual das crianças nos Estados Unidos a competência para aplicar o Direito de Família interno. Caso a sentença seja de improcedência, caberá ao Juízo Estadual a continuidade do julgamento da ação de guarda lá proposta. Parecer do MPF: da lavra do i. Subprocurador-Geral da República, Dr. Maurício Vieira Bracks, opinou pelo conhecimento do conflito, para declarar competente o juízo de direito suscitante. RELATADO O PROCESSO, DECIDO. A 2ª Seção do STJ consolidou o entendimento de que não há conexão entre a ação de busca e apreensão ajuizada perante a Justiça Federal com base na Convenção de Haia e a ação de guarda em trâmite perante a Justiça Estadual, pois a relação entre elas é de prejudicialidade externa. Confirma-se o seguinte julgado: "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 do juiz de família. 3. A cooperação internacional estabelecida pela Convenção de Haia tem por escopo repor à criança seu statu 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." (CC 132.100/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 14/04/2015) Assim, ausente a conexão entre as demandas deve o julgamento prosseguir cada uma nos juízos competentes, suspendendo-se a ação de guarda perante a Justiça Estadual até o trânsito em julgado da ação de busca e apreensão na Justiça Federal ante a existência de prejudicialidade externa. Forte nessas razões, com fundamento no art. 34, XXII, do RISTJ, para conhecer do conflito, determinar o retorno dos autos da ação de guarda e regulamentação de visitas ao juízo estadual, que deverá suspender o julgamento de mérito, podendo, no entanto, decidir acerca das tutelas de urgência ou evidência. Publique-se. Intimem-se. Oficie-se. Brasília, 13 de dezembro de 2017. MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora (STJ - CC: 147876 SC 2016/0198998-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 19/12/2017)

Ademais, cabe ainda ressaltar que autores, tal como Tiburcio e Calmon elencaram os principais motivos para serem contrários à conexão entre as ações:

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 CPC 104 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 privados⁷⁵.

Mônica Sifuentes elaborou também:

[...]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 da prejudicial do art. 265, IV, a, do CPC. Isso porque a questão relativa ao retorno da criança terá consequências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à sua guarda. No entanto, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como visto. Considera aquela Corte que as ações devem ser reunidas no foro federal, em razão da conexão existente entre elas. Duas hipóteses poderão ocorrer: 1) o juiz federal decide favoravelmente ao retorno do menor ao seu país de origem, caso em que a ação de guarda restará prejudicada, pois a própria Convenção estabelece ser aquele juízo o competente para decidir sobre essa questão; 2) o juiz federal decide contrariamente ao retorno, por qualquer das exceções elencadas no texto convencional. Nesse caso, poderá o juiz federal prosseguir no julgamento, e julgar, desde logo, a ação de guarda do menor? Penso que não. No momento em que resolvida a ação de restituição, termina a competência do juiz federal, pois então somente restarão as lides envolvendo o Direito de Família, tais como

⁷⁵ CALMON, Guilherme; TIBÚRCIO, Carmen, op. cit., p. 322.

regulamentação da guarda, visitas e alimentos. Nesse caso, deverá o juiz federal remeter os autos ao juiz estadual, para que então decida sobre as questões remanescentes.⁷⁶

O entendimento da juíza sobre ser mais razoável a suspensão do processo sobre o direito de guarda se complementa com o artigo 7º da LINDB que determina “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 família⁷⁷.”

Nesse prisma, Maria Berenice Dias aponta a impossibilidade de não associar o direito das famílias dos direitos das crianças e adolescentes, além de esclarecer que cabe às varas especializadas analisarem os casos concretos.

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 juzizados 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 da família. Assim, o que define a competência é a situação familiar em que se encontra a criança envolvida na demanda.⁷⁸

Na jurisdição brasileira a competência para apreciar as demandas que envolvem interesse de criança e adolescente é o domicílio do detentor da guarda, conforme artigos 147 do ECA e 50 do CPC/15, sendo essa matéria sumulada pelo STJ⁷⁹.

Diante do exposto, apesar das divergências entre a prevalência de suspensão ou conexão, a primeira demonstra ser a que melhor corresponde por juiz natural da causa.

Entretanto, o conflito de jurisdição em pedidos de restituição de crianças torna preocupante o exercício do direito de guarda e visitas no Brasil, devido a gravidade da situação na qual esses menores se encontram.

Urge a necessidade de um sistema jurídico nacional adequado para a aplicação da Convenção, a começar pela existência de orientação exata por parte

⁷⁶ SIFUENTES, Mônica, op. cit., p. 57-64.

⁷⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 10 jul 2020.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 126, v. 4., *E-book*.

⁷⁹ Súmula 383 do STJ: 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. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas2013_35_capSumula383.pdf>. Acesso em 10 jul 2020.

dos doutrinadores e dos tribunais no que tange a competência, bem como do preparo dos agentes responsáveis pelo retorno da criança para possibilitar um desenvolvimento sadio sem cortar a convivência entre seus familiares e amigos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar os principais aspectos sobre a Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse diploma internacional é o principal mecanismo de proteção de crianças restituídas e mantidas por seus genitores em um Estado divergente do de origem, assim, a construção textual foi feita baseada no princípio do superior interesse da criança e que uma mudança repentina no dia a dia afeta o desenvolvimento do menor.

O texto convencional atua como um meio de resguardar a criança, já que, a mudança de residência, sendo especificamente aqui abordado sobre mudança para um Estado estrangeiro, o desenvolve sob novos costumes, nova moral e novas leis que regerão sua vida.

Diante desse cenário, foi abordado no último capítulo da pesquisa que aplicação do artigo 16 no Brasil teve como óbice o conflito de competência para analisar pedidos de restituição de crianças.

A dualidade de jurisdições tem como consequência o uso do Estado Brasileiro ora da conexão entre as causas, ora a suspensão do processo.

Conforme mencionado (item 5.7.1) o método da suspensão aparenta ser o mais racional, pois o pedido de busca e apreensão ou de repatriação é apreciado pela Justiça Federal, enquanto o pedido de regulamentação de guarda, visitas e fixação de alimentos, pela Justiça Estadual.

Isto posto, salienta-se que o direito de guarda e sua fixação consiste em um interesse particular, não sendo plausível que seja apreciada e decidida pela Justiça Federal.

À União cabe mediar as relações internacionais, sendo competente para processar e julgar matérias decorrentes de tratados internacionais (artigo 109, III, da CF/88).

Apesar da Convenção de Haia ser objeto de diploma internacional, o objetivo da mesma não é a discussão de direito de guarda, sendo esta analisada somente para deferir ou não o pedido de retorno da criança ao seu país de origem.

Assim, caso tenha sido determinado o retorno do menor ao país de origem, o juiz federal apreciará a ação de guarda, porém, tendo sido o pedido de restituição do

menor indeferido, compete à Justiça Estadual apreciar as questões familiares remanescentes.

Entretanto, como exposto na pesquisa (item 5.7.1), não há consenso doutrinário ou entre os tribunais sobre a justiça competente para apreciar o direito de guarda, causando insegurança jurídica.

Ademais, há a morosidade processual no Estado brasileiro para apreciação das demandas existentes, soma-se a isso o excesso burocrático que atrapalha a funcionalidade do sistema.

O agravante nos pedidos de restituição de menores é a situação de instabilidade e fragilidade na qual a criança está sendo exposta. Nesse tipo de demanda, é preciso comunicação constante entre os Estados estrangeiros, celeridade processual, bem como, operadores do direito especialistas na matéria. Contudo, o Estado brasileiro não proporciona tais requisitos, seja na suspensão, seja na conexão, para a melhor aplicabilidade e celeridade nos processos que envolvam a Convenção de Haia de 1980.

Posto isto, conforme mencionado anteriormente, o texto convencional foi formulado privilegiando-se o interesse da criança e estabeleceu limites para preservar seu convívio familiar. De tal forma, em casos de sequestro internacional de crianças, o Estado brasileiro, atua com intuito de proteger integralmente a criança, contudo ainda há obstáculos para que isso ocorra de forma mais célere e menos prejudicial ao menor, como a problemática da dualidade de jurisdições abordada.

6. Referências Bibliográficas

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

ARAÚJO, Nádía, et al. **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional**. 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.358p. cap.1, p. 37.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 9 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do STJ**. Brasília : STJ. Disponível em : <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/532/3959>>. Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999**. Disponível em:< <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

_____. **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 8 nov. 2019.

_____. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000**. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. **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: 10 jul. 2020.

_____. **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: 20 jun. 2020.

_____. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Disponível em:<
<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

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: 20 jun.
2020.

_____. **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: 15
jan. 2020.

_____. **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: 20 jun. 2020.

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:
15 jan. 2020.

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_Gera_I_Multiplicadores_OK.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

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/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 832/MS**, Relator: Min. ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, Data do julgamento: 26/09/1990, Data da Publicação: 29/10/1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 64.012/TO**, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Julgamento: de 27/09/2006, DJ 09/11/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 100.345/RJ**, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Data do julgamento: 11/02/2009, Data da Publicação: 18/03/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 118.351/PR**, Relator: Min. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Data do julgamento: 28/09/2011, Data da Publicação: 05/10/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 132.100/BA**, Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, Data do julgamento: 25/02/2015, Data da Publicação: 14/04/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **CC 147.876/SC** , Relator: Min. NANCY ANDRIGHI, Data da Publicação: 19/12/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 383, STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_35_capSumula383.pd>. Acesso em 10 jul. 2020.

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: <<https://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: 4 jul. 2020.

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

CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **International Hague Network of Judges**. Disponível para download em:< <https://assets.hcch.net/docs/665b2d56-6236-4125-9352-c22bb65bc375.pdf>>. Acesso em 5 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 126; p.1181, v. 4., *E-book* .

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: Parte Geral e Processo Internacional**. 15ª ed.rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

HIRAHARA, Maria Beatriz Ishida. **CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: PECULIARIDADES SOBRE A SUA APLICAÇÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Orientador: Marcelo da Silva Sobrino. 2018. 127 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAAT, [S. I.], 2019. Disponível em: <http://localhost:8080/xmlui/handle/123456789/135>. Acesso em: 14 jul. 2020.

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. 722.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108 – 109.

MÉSSERE, Fernando Luiz de Lacerda. **Direitos da criança: o Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. 2005. Tese (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) - Centro Universitário UNICEUB, Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em :< <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9896/1/60000098.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 8ª ed. Salvador : Juspodivm, 2016, p. 326.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 91. Disponível em :< <https://classroom.google.com/u/2/c/MTE1OTQwNjI1NDIy/m/MTE2MDcxODQyNzg2/details>>. Acesso em: 20 jun 2020.

PÉREZ-VÉRA, Elisa. Explanatory Report. Disponível em:< <https://assets.hcch.net/upload/expl28.pdf>> . Acesso em 16 jun. 2020.

TONINELLO, Fernanda. **A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de seqüestro internacional de menores**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-3, jan./jun. 2007, p. 3. Disponível em:< <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd> > . Acesso em: 20 jun 2020.

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.ifrrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/9/9> . Acesso em: 17 jul. 2020.

_____, 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 03 jul. 2020.