

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Ana Larissa Pereira Serench

**CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E O SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: estudo do caso Marcelle
Guimarães X Christopher Brann**

Taubaté -SP
2020

Ana Larissa Pereira Serench

**CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E O SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: estudo do caso Marcelle
Guimarães X Christopher Brann**

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência parcial para o desenvolvimento do Trabalho de Graduação necessário para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Orientador: Prof. Mestre Marcos Edwagner Salgado dos Santos

**Taubaté -SP
2020**

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

S483c Serench, Ana Larissa Pereira
Conflitos de jurisdição e o sequestro internacional de crianças : estudo do caso Marcelle Guimarães X Christopher Brann / Ana Larissa Pereira Serench -- 2020.
52 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento de Ciências Jurídicas, 2020.
Orientação: Prof. Me. Marcos Edwagner Salgado dos Santos, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Sequestro de crianças pelos pais - Brasil. 2. Haia. Cômite internacional de justiça. 3. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980). I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 347.633:341.5(81)

Elaborada por Felipe Augusto Souza dos Santos Rio Branco - CRB-8/9104

Ana Larissa Pereira Serench

**CONFLITOS DE JURISDIÇÃO E O SEQUESTRO INTERNACIONAL DE
CRIANÇAS: estudo do caso Marcelle Guimarães X Christopher Brann**

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência parcial para o desenvolvimento do Trabalho de Graduação necessário para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Orientador: Prof. Mestre Marcos Edwagner Salgado dos Santos

Data: ___/___/_____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Marcos Edwagner Salgado dos Santos Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha mãe, Adriana Alves Pereira, que me deu coragem durante toda a vida para enfrentar todos os percalços e nunca me desamparou, sempre me auxiliando para que fosse possível seguir em frente, principalmente, durante a graduação.

A minha avó, Ana Maria Marta Pereira, que mesmo sendo portadora do Mal de Alzheimer há dezessete anos, sempre se fez presente e foi a minha base, conjuntamente à minha mãe, me passando os seus princípios e valores.

Aos meus avós, Antonio Serench e Julia Tamião Serench, por sempre se preocuparem e estarem presentes em minha vida, me apoiando e incentivando nos estudos.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por me permitir viver essa vida e escolher essa profissão tão nobre para socorrer os necessitados e por me dar forças para conseguir concluir cada etapa dessa vida.

Agradeço aos meus irmãos, Luiz Henrique Pereira, Heytor Adriel e Luiz Guilherme Serench pela compreensão e apoio moral em toda a graduação.

Ao meu padrasto, Marcos Rogério da Costa, por sempre proferir palavras de incentivo e força.

Ao meu namorado, João Pedro Bonifácio Lima dos Reis, que sempre me auxiliou e me deu forças para continuar nos momentos mais difíceis em que eu pensava ser impossível seguir.

Aos meus tios, Edson Pereira, Robson Pereira, Cristiane Braz, Marcelo Serench, Thaís Milene, Andreia Pereira e Alonso Cerqueira, pelo incentivo e apoio de sempre para a conclusão de mais uma etapa.

Ao meu orientador, Marcos Edwagner Salgado dos Santos, que me orientou na realização deste trabalho.

Às minhas amigas de graduação e que levarei para sempre, Ariane Campos, Ana Flávia Silia, Beatriz Nogueira e Giovanna Cunha, por sempre me apoiarem e me auxiliarem durante toda a graduação e, principalmente, na elaboração deste trabalho, sendo essenciais para mim.

Aos amigos, Gabriel de Moura, Rubens de Almeida Rodrigues e Francisco Granato, pela ajuda acadêmica durante a graduação e sendo peças fundamentais para a elaboração deste trabalho, com apontamentos construtivos e relevantes.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos professores desta Universidade, que tive o prazer de aprender com cada um, de forma acadêmica e pessoal, e por serem responsáveis por todo o meu aprendizado na área jurídica. Obrigada por construírem, ao menos que 1%, a profissional que saio hoje.

Os meus mais sinceros agradecimentos a todos que me ajudaram e auxiliaram até aqui de alguma forma. Sem vocês eu nada conseguiria.

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”.

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar os conflitos de jurisdição e o sequestro internacional no âmbito cível através do estudo do caso da Marcelle Guimarães e do Christopher Brann. Para tanto, é necessário analisar a Convenção da Haia de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 3.413/2000, que possui como objetivo proteger a criança da retenção ilícita e garantir a devolução ao país de residência habitual, quando ocorrer a retirada ilícita por um dos seus genitores do país em que residia habitualmente. Além da Convenção da Haia de 1980, serão analisados ainda outros instrumentos internacionais que tratam sobre a proteção e restituição de menores. Na Convenção da Haia, serão abordados os mecanismos de funcionamento da mesma e como resolver casos, como o supracitado. O método utilizado foi revisão bibliográfica em obras, artigos e sites relacionados e a análise do texto da Convenção, a fim de realizar a análise do caso em tela. Concluiu-se que, com a Convenção foi possível obter mecanismos de cooperação para devolução de crianças sequestrados no âmbito cível e, ainda, estabelecer a jurisdição competente para julgar o caso.

Palavras-chave: sequestro internacional de crianças; Convenção da Haia; retenção ilícita; análise do caso.

ABSTRACT

This work has the scope to analyze the jurisdiction conflicts and the international abduction in the civil scope through the study of the case of Marcelle Guimarães and Christopher Brann. Therefore, it is necessary to analyse the Hague Convention 1980, Convention on the civil aspects of international child abduction, ratified by Brasil through Decree No. 3.413/2000, that has as objective protect children from illicit retention and guarantee the return to the country of habitual residence, when an ilegal withdrawal occurs by one of its parents from the country in which it habitually resided. In addition to the 1980 Hague Convention, other international instruments dealing with the protection and restitution of minors will be analyzed. The Hague Convention will discuss the mechanisms for its operation and how to resolve cases, such as the aforementioned. The method used was a bibliographic review of works, articles and related websites and analysis of the text of the Convention, in order to carry out the analysis of the case on screen. It was concluded with the Convention it was possible to obtain cooperation mechanisms for the return of abducted children in the civil sphere and, also, to establish jurisdiction to judge the case.

Key-words: international child abduction; the Hague Convention; illicit retention; analysis of the case.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DO SEQUESTRO INTERNACIONAL	12
2.1	Dos direitos da criança	14
2.2	Convenção da ONU sobre os direitos fundamentais da criança....	15
2.3	Estatuto da criança e do adolescente	16
2.4	O princípio do melhor interesse da criança	16
3.	TRATADO	18
3.1	Tratado internacional	18
3.1.1	Celebração de tratado	18
3.1.2	Ratificação de tratado	19
4.	INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES	20
4.1	Conferência de Haia	20
4.2	Convenção da Haia de 1980	21
4.3	Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores	22
4.4	Convenção de Luxemburgo	23
4.5	Protocolo de Las Leñas	24
4.6	Meios diplomáticos	25
4.7	Cooperação jurídica internacional	25
4.8	Cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil ..	26
5.	A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	28
5.1	Utilização do termo sequestro	28
5.2	Objetivo da Convenção da Haia	29
5.3	Aplicação da Convenção da Haia	30
5.3.1	Requisitos para aplicação da Convenção da Haia	32
5.3.2	Exceções à aplicação da Convenção da Haia	33

5.4	Autoridade central	35
5.4.1	Autoridade central brasileira	36
5.5	Pedido de devolução	37
6.	APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA NO BRASIL	39
6.1	Competência jurisdicional	39
7.	ANÁLISE DO CASO MARCELLE GUIMARÃES X CHRISTOPHER BRANN À LUZ DA CONVENÇÃO DA HAIA	41
8.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
9.	REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional privado com relação à família se tornou cada vez mais necessário no ordenamento jurídico, uma vez que, cada vez mais, estrangeiros se relacionam com os nativos dos estados e constituem uma nova família, que, futuramente, acaba por se dissolver e, então, faz com que, muitas vezes, um dos genitores não concorde com o decidido pelo juiz e opta por levar o filho, com ou sem autorização do outro genitor, para outro país diferente do da residência habitual da criança com a premissa de levar para passar férias, por exemplo, mas acaba por reter o menor de forma ilícita.

Dessa forma, para garantir a proteção da criança e do adolescente foram criados inúmeros mecanismos para que todos os direitos fossem preservados. Esses mecanismos serão observados no segundo capítulo, quais sejam: a Convenção da ONU Sobre os Direitos Fundamentais da Criança, Estatuto da Criança e do Adolescente e o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Com a finalidade de evitar o crescente número de deslocamentos de crianças, fez e faz-se necessário a existência de instrumentos internacionais de proteção ao menor, e, mais do que isso, instrumentos internacionais que tragam proteção aos pais que tiverem os seus filhos sequestrados, no âmbito cível, pelo outro genitor, pois, antes de existir Convenções e tratados para proteger a criança e preservar o direito de guarda do outro genitor, não havia o que ser feito e o retorno do menor era dificultado, pois não existia meio de cooperação entre os países. Dentre as Convenções que visam a proteção e a rápida restituição do filho, é possível citar a Convenção de Luxemburgo, a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e, em especial, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, que serão citadas no quarto capítulo do presente trabalho.

Em 1980, houve um aumento considerável nas retenções ilícitas de menores de dezesseis anos pelos seus genitores e os países não possuíam um sistema de cooperação jurídico internacional unificado para solicitar a devolução do menor retido, visto que cada país possui o seu próprio ordenamento jurídico. Com isso, a devolução da criança ou do adolescente era dificultada.

Diante deste cenário foi criada a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, com o objetivo de estabelecer a cooperação processual entre os países signatários da Convenção quando fizesse necessária a atuação destes para recuperar a criança removida ou retida ilícitamente.

No quinto capítulo, será apresentada a Convenção da Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças, também conhecida como a Convenção de 1980, e temas relacionados a mesma, como: utilização do termo sequestro, o objetivo da Convenção, os requisitos para a aplicação da convenção e as exceções, como foi definido a autoridade central, quem é a autoridade central brasileira e como funciona o pedido de devolução.

Já no sexto capítulo será abordado sobre a aplicação da Convenção da Haia no Brasil e como funciona a competência jurisdicional.

A autoridade competente no Brasil para receber o pedido de restituição será a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), que tem como objetivo cooperar internacionalmente nos casos de subtração ou remoção ilícita que envolve o Brasil.

Será competência da Justiça Federal processar e julgar todas as ações judiciais que versarem sobre subtração da criança com base na Convenção da Haia de 1980.

Por fim, no último capítulo, será analisado o caso Marcelle Guimarães contra Christopher Brann à luz da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Será apresentado o caso por completo, as decisões apresentadas até a presente data e será feita a análise do caso com o estudo do presente trabalho.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA ACERCA DO SEQUESTRO INTERNACIONAL

O direito internacional privado com relação à família tem se tornado necessário no ordenamento jurídico, uma vez que, cada vez mais, estrangeiros se relacionam com os nativos dos estados e constituem uma nova família, que, futuramente, acaba por se dissolver e, portanto, aumenta o índice de remoção e retenção ilegal de filhos comum do casal para outros países.

Para o autor Dolinger, o que fez com que a França se tornasse, antes da existência da Convenção de Haia, o país que mais ocorreu o maior número de deslocamentos e retenções ilegais de crianças por seus genitores foram as atrações turísticas e artísticas que ocorreram nesta localidade. Tal ato se deve a união de pessoas com nacionalidades diferentes e que, na grande maioria das vezes, ocorrem de maneira impensada e sem uma estrutura sólida, o que faz com que seja fragilmente rompido. As crianças, frutos destas relações, se tornam alvos de disputas judiciais com relação a guarda o que resulta em remoções ou retenções ilegais da prole no exterior (DOLINGER, 2003, p. 237-239).

A França se tornou o país que registrou o maior número de deslocamentos e retenções ilegais de crianças por seus genitores, pois, além do motivo apresentado anteriormente, a Justiça da França possuía a característica de conceder a guarda do menor aos nacionais natos, o que dificultava o trabalho das autoridades francesas com relação aos genitores estrangeiros, pois estes nunca conseguiam a guarda da criança.

Todavia, mesmo com as decisões judiciais favoráveis aos nacionais natos da França, em 1970, as autoridades francesas estipularam que era necessário que as Cortes de seu país adotassem um comportamento ainda mais “nacionalista”, atribuindo a guarda dos filhos aos pais de origem francesa. Esta estipulação realizada pelas autoridades francesas tinha como objetivo dificultar ao máximo a saída da criança de maneira lícita ou ilícita do território francês. (DOLINGER, 2003, p.238). Isto porque, na década de 70, quando uma criança era retida ou levada de forma ilegal para um país estrangeiro por um de seus genitores, o seu retorno era praticamente impossível, uma vez que não existia nenhum meio de cooperação entre a França e outros países em que a criança poderia ter sido levada que previsse a restituição nos

casos de deslocamento ou retenção ilegal, violando, dessa forma, os direitos da criança e do outro genitor.

Além disso, outra situação que sempre ocorria na França naquela época, era o fato de o pai de nacionalidade francesa obter judicialmente a guarda da criança e aproveitar para levar a criança para o exterior e, dessa forma, prejudicar o acompanhamento da vida do menor por parte do outro genitor.

Quando realizadas as primeiras pesquisas relacionadas ao assunto, estas deixaram claro que em um primeiro momento os pais de sexo masculino ficavam inconformados com a decisão judicial que definia a mãe como detentora da guarda definitiva e, com isso, realizavam a subtração do menor, o que fazia com que, em um primeiro momento, estes liderassem o ranking de subtração ilícita. Todavia, após alguns anos foram realizados novos estudos e os dados se inverteram, ou seja, indicou que as mães se tornaram as novas responsáveis pelo ato de subtração, por motivos familiares, profissionais ou, até mesmo, para quebrar o vínculo afetivo entre o pai e a criança.

Com a finalidade de diminuir e, porquanto, cessar os conflitos de subtração de menores por parte dos genitores, as autoridades francesas passaram a estabelecer acordos bilaterais com outros países, vindo, dessa forma, a estabelecer e criar uma cooperação entre os Estados contratantes para solucionar os conflitos causados nesse quesito.

Todavia, em meados da década de 70, não existia instrumento algum com a finalidade de solucionar os conflitos envolvendo a retirada ou deslocamento ilegal da criança para outro país. Com isso, a formulação de pedido de devolução do menor pelo país requerente se tornava mais difícil, bem como o cumprimento ao pedido de restituição da criança pelo país requerido, isto porque, o entendimento da época, era de que caso um dos países cumprissem o pedido do outro, estes estariam com a sua soberania afetada por estarem, de certa forma, obedecendo o pedido do outro país.

Com todo esse impasse, em 1980, as autoridades francesas realizaram diversas manifestações com o objetivo de evitar o deslocamento ilegal de crianças e, dessa forma, orientaram os consulados de países estrangeiros localizados na França a não aceitar outro documento que possibilitasse a saída de menores do país sem que tivesse a permissão expressa do genitor de nacionalidade francesa.

Diante de tal situação, é possível notar que antes da existência da Convenção da Haia de 1980 era muito difícil apresentar uma solução para encontrar e recuperar a criança retida ilegalmente, uma vez que cada vez mais aumentava o número de incidência desses casos. Conforme demonstrado anteriormente, o genitor requerente não possuía o apoio das autoridades do país em que o menor havia sido levado ilegalmente e, mesmo quando sozinho, conseguia encontrar o paradeiro da criança e comprovava a má-fé do outro genitor, não tinha o seu pedido de retorno aceito ao país de residência habitual por, principalmente, não possuir o apoio das autoridades.

Para evitar e tentar cessar o crescimento dos casos de deslocamento de crianças de forma ilegal por um dos genitores, foram criadas algumas Convenções com a finalidade de proteger e apresentar agilidade na restituição do menor, dentre elas, a Convenção de Luxemburgo, Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, e, especialmente, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores.

2.1 DOS DIREITOS DA CRIANÇA

O século XX trouxe uma crescente preocupação e cuidado por parte dos governantes com o bem-estar da criança e, com isso, viram a necessidade de criar um direito internacional da criança, “que engloba uma coleção de diplomas legais que tem como objetivo uniformizar o tratamento protetor das crianças de todos os povos ligados às organizações internacionais e regionais”. (DOLINGER, 2003, p. 80).

Aos poucos, foram criando novas garantias estabelecidas para as crianças, com mecanismos para assegurar os direitos humanos delas, trazendo, ainda, mecanismos para assegurar a cooperação entre Estados e estrangeiros, sempre tendo como prioridade o interesse dos menores.

A iniciativa de proteger as crianças teve início com a Convenção aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho de 1919, que estabeleceu a idade mínima para trabalhar. Logo após, em 1921, teve a Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, adotada pela Liga das Nações.

O primeiro documento, de fato, que possui um caráter amplo e genérico que tem como objetivo a criança é a Declaração de Genebra, de 1924, intitulada “Direitos da Criança”, aprovada pela Liga das Nações e proclamada como a “Carta da Liga

sobre a Criança”. Esse documento tinha como principal finalidade reconhecer os direitos básicos destinados à proteção das crianças.

Em 1959, as Nações Unidas aprovaram a Declaração dos Direitos da Criança que convoca os pais, homens e mulheres, organizações voluntárias, autoridades locais e governos nacionais a dar o suporte necessário às crianças para que estas tenham o desenvolvimento material e espiritual. Essa Declaração traz o básico para uma criança viver, ou seja, que toda criança terá direito a nome, nacionalidade, seguridade social, alimento entre outros princípios básicos para um ser humano viver em boas condições.

Porém, como toda Declaração emanada da ONU, este documento não possuía força legal. Tratava-se apenas de uma recomendação do órgão máximo internacional aos pais e aos governos, para prezarem pelo bem-estar das crianças. Assim, em 1979, em comemoração à Declaração dos Direitos da Criança, este ano foi declarado o Ano da Criança e, com isso, a Polônia propôs que fosse realizado um tratado internacional que tivesse força para transformar os princípios estabelecidos na Declaração de 1959 em termos jurídicos. E, dessa forma, a Assembleia Geral encarregou a Comissão de Direitos Humanos da ONU a preparar a Convenção dos Direitos da Criança e assim foi feita e aprovada por consenso no dia 20 de novembro de 1989.

2.2 CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança foi aprovada em 1989 e, em 1997, tinha sido ratificada por 191 países.

O artigo 4º desta Convenção dispõe que os países aderentes aplicarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole para evitar toda e qualquer violência física e mental a criança.

Se houver infrações cometidas por menores deverá ser criado um sistema de recuperação, diferenciando-a do sistema penitenciário, pois crê que os menores não possuem o desenvolvimento completo, portanto não cometem crimes, mas atos infracionais.

Nesta Convenção são assegurados ainda inúmeros outros direitos às crianças como o direito a identidade civil, a nacionalidade, o direito de permanecer com os pais, o direito de ter informação, direito de liberdade, direito de expressão, de possuir uma religião, de ter um tratamento quando a criança tiver alguma deficiência, direito à saúde, proteção à violência sexual, proteção contra a tortura dentre muitas outras.

2.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Até 1988, existia o Código de Menores no Brasil, um documento direcionado para as pessoas que possuíam menos de dezoito anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado após a atual Constituição Federal de 1988, no ano de 1990, e instituída como Lei Federal nº 8.069/90, contendo 267 artigos voltados à proteção dos menores com os seus direitos e deveres. Para o Estatuto, são consideradas crianças aquelas que possuem 12 anos incompletos e adolescente entre 12 e 18 anos.

O ECA estabelece os direitos das crianças e dos adolescentes como o direito à vida, direito à saúde, alimentação, educação entre tantos outros. Esses e outros direitos estão reservados também na Constituição Federal de 1988.

Fica estabelecido no ECA que nenhuma criança sofrerá qualquer violência, negligência ou discriminação, exploração e crueldade. Aquele que praticar qualquer um desses atos será severamente punida.

A responsabilidade dos pais é de dar o sustento, a guarda e a proteção aos seus filhos. Caso esses não o façam, poderão perder ou ter a suspensão do poder familiar sobre o filho.

2.4 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança está disposto no preâmbulo e no artigo 1º da Convenção da Haia, “b”, quando diz que deverá ser respeitado, de maneira efetiva, os direitos de guarda e de visita existentes em um Estado Contratante.

Este princípio teve origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aderida pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1959.

O artigo 3.1 da Convenção supramencionada dispõe sobre o interesse da criança:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. (Decreto nº 99.170, de 21 de novembro de 1990, promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança).

Este texto foi traduzido do original em inglês, que diz “*the best interests of the child shall be a primary consideration*”, ou seja, “uma consideração primordial”. Assim, é possível interpretar que o interesse da criança corresponde a uma consideração primordial dentre tantas outras considerações básicas. Não é, portanto, a única e exclusiva consideração, apenas uma dentre essas.

O artigo 3.1, segundo Dolinger, trata das ações empreendidas por órgãos governamentais em que podem ocorrer outras considerações mais prioritárias do que os interesses da criança.

Ressalta-se que os princípios formulados pela ONU não possuíam caráter normativo, portanto os Estados não tinham a obrigação de segui-los. Entretanto, em 1959, a declaração passou por mudanças no âmbito de tratado internacional e passou a ter caráter normativo.

Em um processo, a interpretação do melhor interesse da criança ficará em aberto e o juiz decidirá a melhor interpretação do caso concreto, porém levando em consideração o interesse do menor.

3. TRATADO

3.1 Tratado internacional

O Decreto nº 7.030, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 2º, 1, a, afirma que tratado é um acordo internacional realizado por escrito entre Estados e subordinado pelo Direito Internacional.

O tratado internacional é uma das principais fontes no Direito Internacional Público e traz estabilidade nas relações entre os Estados, pois estes são elaborados de forma democrática, podendo ainda existir tratados gerais, que tratam de vários temas sem se aprofundar em específico em nenhum tema e há ainda os tratados especiais em que será tratado de apenas um assunto.

No ordenamento jurídico, os tratados internacionais possuem caráter supralegal na hierarquia constitucional. Dessa forma, os tratados estarão abaixo, somente, da Constituição Federal, compreendendo-se, assim, que abaixo dos tratados virão as leis complementares e lei ordinária, medidas provisórias e leis delegadas e, por fim, as resoluções.

3.1.1 *Celebração de tratado*

Os chamados costumes internacionais são aqueles definidos no art. 38 (1) (b) do Estatuto da Corte de Haia e que pode ser definido como uma prática geral aceita como sendo o direito, ou seja, não há a necessidade de que esses costumes estejam escritos em lugar nenhum. Todavia, diferente dos costumes, para que um tratado produza efeitos, este deve ser celebrado de forma escrita, pois trata-se de um acordo formal.

O autor Guerra, em sua obra demonstra que:

[...]a Convenção de Viena é explícita no que se refere ao acordo concluído por escrito. Assim sendo, embora seja admitida em certos casos excepcionais a possibilidade de se chegar a um tratado verbal, verifica-se que na prática atual isso não tem acontecido (GUERRA, p. 101, 2019).

3.1.2 *Ratificação de tratado*

A ratificação do tratado consiste em um ato administrativo no qual o chefe do Estado se compromete a se submeter ao regime jurídico disposto naquele tratado.

Normalmente, a ratificação só ocorre após a aprovação do tratado por algum órgão interno do estado, que será responsável por verificar se há conflito com a norma jurídica interna que possa, de alguma forma, justificar a ratificação do tratado.

No Brasil, a ratificação de um tratado é um ato privativo do Presidente da República, conforme disposto na Constituição Federal do Brasil (1988), todavia todo tratado deverá ser analisado e aprovado pelo Congresso Nacional.

Portanto, a ratificação ocorrerá apenas com a autorização parlamentar, conforme estabelece o artigo 49, I da Carta Magna:

É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I- Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.
(BRASIL, 1988, Art. 49, I)

É possível concluir, portanto, que a ratificação é um momento muito importante do processo de conclusão de tratados, pois será através da assinatura deste que se dará a validade do tratado.

4. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO E RESTITUIÇÃO DE MENORES

Conforme citado anteriormente, o direito internacional privado com relação à família se tornou cada vez mais necessário no ordenamento jurídico, uma vez que, cada vez mais, estrangeiros se relacionam com os nativos dos estados e constituem uma nova família, que, futuramente, acaba por se dissolver e, então, são iniciados os conflitos para solucionar a guarda da criança, fruto do relacionamento.

Com isso, fez e faz-se necessário a existência de instrumentos internacionais de proteção ao menor, e, mais do que isso, instrumentos internacionais que tragam proteção aos pais que tiverem os seus filhos sequestrados pelo outro genitor.

Diante de tal cenário, será apresentado alguns instrumentos que contribuem para a restituição dos menores.

4.1 Conferência de Haia

Antes de falar sobre o principal instrumento para restituir os menores que foram sequestrados pelo seu genitor(a), qual seja a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, é necessário falar sobre a Conferência de Haia.

Essa Conferência possui 84 (oitenta e quatro) Estados membros que representam todos os continentes e há também Estados não membros que vêm aderindo às Convenções de Haia. Portanto, atualmente, participam 150 (cento e cinquenta) países dos trabalhos da Conferência.

Segundo Toninello, a Conferência de Haia foi criada em 1893, com o objetivo de unificar as normas e os procedimentos referentes ao direito internacional privado. O principal objetivo da conferência é promover as negociações e a composição de convenções internacionais em temas de direito internacional privado, o que inclui a proteção aos direitos da criança (TONINELLO, 2011, p. 07).

Como apontado por Dolinger e Tibúrcio, a Haia, local em que ocorrem as Conferências de Paz, tem sido o principal centro de estudos, elaboração e aplicação de normas de Direito Internacional Privado, nos últimos cem anos (DOLINGER E TIBÚRCIO, 2018, p. 70).

Ainda, Dolinger e Tibúrcio ressaltam sobre convenções e protocolos aprovados sobre inúmeros ramos do Direito Internacional, incluindo o direito de família:

De 1951 a 2007 foram aprovados 40 diplomas, entre convenções e protocolos, sobre os mais diversos ramos do Direito em sua dimensão internacional, assim classificados: direito de família (obrigações alimentares, proteção de menores, adoção, divórcio e separação de corpos, regimes matrimoniais, celebração e reconhecimento de validade de casamento, sequestro de crianças, proteção de criança e cooperação em matéria de adoção internacional, responsabilidade parental e proteção de crianças e proteção de adultos), direito sucessório (forma e disposições testamentárias, administração internacional de sucessões e lei aplicável), direito comercial (vendas internacionais, reconhecimento de personalidade de sociedades estrangeiras, responsabilidade civil por produtos fabricados, contratos de intermediação e de representação e títulos depositados com terceiros), direito processual internacional (processo civil, simplificação da legalização de atos públicos estrangeiros, notificação no estrangeiro, acordos de eleição de foro, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em matéria cível e comercial, obtenção de prova no estrangeiro em matéria civil ou comercial, acesso internacional à Justiça e acordos de eleição de foro) e outras convenções, como a que regula os conflitos entre lei da nacionalidade e lei do domicílio, acidentes rodoviários e trustes. Em 2015, foi aprovado trabalho sobre os princípios sobre escolha de lei em matéria de contratos comerciais internacionais. (DOLINGER E TIBURCIO, 2018, p. 72)

Em 1971, o Brasil ratificou o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, e, sem ter ratificado nenhuma das Convenções da Conferência, se retirou desta em 1977 por uma denúncia do Estatuto, o que acabou por isolar o país em matéria de Direito Internacional Privado.

Contudo, em 1993, o Brasil compareceu à 17^a Conferência da Haia com status de país convidado, fazendo parte dos trabalhos da elaboração da Convenção sobre proteção das crianças e cooperação em matéria de adoção internacional, assinando-a. Esta Convenção teve uma rápida ratificação do governo Brasileiro e logo foi promulgado o Decreto nº 3.087, de 21/06/1999. Ainda, em 1999, o nosso Estado aderiu à Convenção sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980. Ambas as Convenções se encontram em vigor no Brasil.

4.2 Convenção da Haia de 1980

A Convenção da Haia de 1980, mais comumente conhecida como a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, foi criada no dia 25 de outubro de 1980, entrou em vigor no Brasil por força do Decreto nº 3.413/2000 e é

um instrumento utilizado para combater à subtração internacional de crianças e visa resolver principalmente o conflito entre genitores de nacionalidades e domicílios diferentes com relação à prole do casal.

Essa Convenção foi necessária, pois, quando havia o término de uma relação conjugal ou união estável, as crianças do antigo relacionamento eram retiradas da sua residência habitual e levadas por um dos genitores para o exterior.

Dessa forma, Araújo traz que, a Conferência da Haia realizou um estudo com relação ao “raptor legal” de crianças em 1970, ano em que foram notados muitos casos de retirada ilegal do menor pelo pai, que, em sua grande maioria, estava insatisfeito com as decisões judiciais que, normalmente, favorecia a mãe responsável pela criança nessa época (ARAÚJO, 2006, p. 502, apud TONINELLO, 2011, p. 08).

Antes da Convenção existir, os resultados das remoções ou retiradas ilícitas da prole, favorecia aquele que praticou o ilícito, fato esse que não mais ocorre agora. Todavia, é de suma importância diferenciar que a Convenção não determina qual o genitor que ficará com a guarda do menor, mas sim definir qual o juízo competente para decidir esses questionamentos.

4.3 Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores

A Convenção Interamericana de Restituição de Menores foi criada em 1989, durante a 3ª Conferência de Direito Internacional Privado, que ocorreu na cidade de Montevideú. Essa Convenção une apenas os países da Organização dos Estados Americanos (OEA) e obteve poucas ratificações. O Brasil ratificou-a afim de evitar retenções ilegais de menores por toda a América, instituindo, dessa forma, um sistema de cooperação internacional de autoridades visando à imediata localização e a restituição do menor ao seu país de residência habitual. O objetivo desta Convenção é o mesmo da Convenção da Haia de 1980. Sobre as duas Convenções citadas anteriormente, Araújo ensina que:

[...] a regra sobre menoridade (16 anos), a residência habitual, o direito aplicável para definir o direito de guarda (isto é, o da residência habitual), a possibilidade de pleitear o retorno diretamente à autoridade central e os requisitos para o requerimento, são aplicados para as duas Convenções. Diferentemente da Convenção de Haia, no Brasil, não foi designada nenhuma autoridade central para a Convenção Interamericana. Segundo seu artigo 34, em caso de países que fazem parte também do sistema de Haia, a Convenção Interamericana deveria prevalecer. Porém ficou estabelecido que

os Estados-partes têm a prerrogativa de convencionar entre si, de forma bilateral, a aplicação prioritária da Convenção de Haia. Como no Brasil ainda não há autoridade central designada, a maioria dos casos tem sido encaminhada por via da Convenção de Haia ou pelas vias tradicionais. Ressalta-se que a Convenção Interamericana está em vigor nos países do Mercosul, mas estes estão utilizando os protocolos de cooperação jurídica internacional para os casos de sequestro internacional. (ARAÚJO, 2006, p. 511/512, apud TONINELLO, 2011, p. 16/17)

Sobre o direito de guarda, Nadia de Araújo (op. cit. p. 17), acrescenta que as autoridades judiciárias ou administrativas do Estado-parte em que o menor esteja retido não poderão decidir sobre o direito de guarda enquanto não for demonstrada a falta dos requisitos da Convenção para o regresso do menor, ou se ainda estiver dentro do prazo para a solicitação. Com isso, é possível observar que a Convenção da Haia e a Convenção Interamericana de 1989 têm o mesmo objetivo de proteger o direito de posse e guarda de quem tiver o dever de proteger o direito de visita da outra parte.

Assim como na Convenção da Haia de 1980, a Convenção Interamericana de 1989 estabelece que as autoridades administrativas e judiciárias do Estado não estão obrigadas a restituir o menor, principalmente quando os interessados não estiverem exercendo plenamente seus direitos no momento da retenção ou retirada ilícita da criança do seu país de residência habitual ou ainda poderá haver negativa da obrigação de restituição do menor se, conforme dispõe o artigo 11 da Convenção, existir grave risco da restituição expor a criança a um perigo físico ou psíquico ou se o menor já tiver discernimento suficiente para se opor a retornar para o país, se assim este desejar.

O prazo para a propositura do pedido da restituição do menor é de um ano. Todavia, não se admite que o pedido seja realizado após o prazo, exceto em casos que ocorra dificuldade de encontrar o menor. Por tal motivo, o prazo começará a correr somente na data em que encontrar a criança.

4.4 Convenção de Luxemburgo

A Convenção de Luxemburgo, conhecida também como Convenção Europeia sobre Guarda de Crianças, dispõe sobre a tutela e direito de guarda quando ocorrer a remoção ilícita do menor por um dos pais, assim como a Convenção de Haia de 1980.

A Convenção de Luxemburgo determina que a idade da criança será de zero a dezesseis anos e que é considerado deslocamento ilegal quando um dos genitores ultrapassam as fronteiras nacionais que marcam o Estado.

Segundo Hidalgo, os países contratantes precisam apresentar uma autoridade central, que ficará responsável por receber os pedidos de restituição e efetuar a cooperação neste processo (HIDALGO, 2016, p. 29). Essa Convenção trata de decisões judiciais em que a autoridade central receberá o pedido da devolução do menor e, conjuntamente a isto, terá uma sentença estrangeira que, a partir de então, dará cumprimento à decisão citada anteriormente em seu local de residência habitual.

4.5 Protocolo de Las Leñas

O protocolo de Las Leñas é um protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os países do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), formado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Esse protocolo fez-se necessário, pois estes países tem cada vez mais se relacionado, em todos os âmbitos e, portanto, o protocolo colaborou para que a cooperação internacional entre os Estados supracitados se dê por meio do cumprimento de cartas rogatórias e da homologação de sentenças estrangeiras.

Carta rogatória é a solicitação que a autoridade judiciária de um Estado estrangeiro realizará para a autoridade judiciária do Brasil, por exemplo, com o objetivo de realizar um ato processual relativo a um pleito, destinando-se ao cumprimento de diversos atos, como citação, notificação, cientificação e coleta de provas.

Por outro lado, segundo Araújo, a homologação de sentença tem como objetivo dar o reconhecimento e a execução de provimentos jurisdicionais de autoridades estrangeiras (ARAÚJO, 2006, p. 269, apud TONINELLO, 2011, p. 18).

Toninello aponta que o Protocolo de Las Leñas, apesar de ser genérico quanto ao seu conteúdo, já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em carta rogatória com relação à restituição de uma criança:

O Protocolo de Las Leñas é genérico no que se refere o seu conteúdo. Entretanto, já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em carta rogatória nº. 8240, com a finalidade de restituir um menor, conforme a decisão apresentada:

A jurisprudência do STF orienta-se no sentido de considerar insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou convenções internacionais de cooperação interjurisdicional como o protocolo de Las Leñas. (TONINELLO, 2011, p. 20)

4.6 Meios diplomáticos

Há alguns modos pacíficos de solucionar litígios internacionais e, dentre eles, estão os meios diplomáticos. Existem vários meios diplomáticos para solucionar uma demanda, entretanto, uma das mais utilizadas é a negociação direta.

A negociação direta entre as partes é uma forma de solução pacífica de controvérsias internacionais que pode ser bilateral, entre duas pessoas de direito internacional público, como, por exemplo, dois Estados, ou multilaterais, quando interessam a mais Estados. Esta caracteriza-se por grande informalidade e são admitidas em quaisquer fases de outros procedimentos e são sempre conduzidas segundo os usos e costumes internacionais.

Ainda, segundo Soares:

(...) Pode assumir as formas de negociações bilaterais (entre duas pessoas de Direito Internacional Público) ou multilaterais, estas últimas encetadas, seja sem referência a um foro institucionalizado (circulares de um Governo a representantes de outros Estados ou enviadas por missões diplomáticas aos Governos junto aos quais se encontram acreditadas), seja durante as sessões de congressos ou conferências internacionais, seja, ainda, na forma mais típica do século XX: realizadas no decorrer de uma reunião ordinária ou extraordinária de determinada organização intergovernamental. (SOARES, 2002, p. 166)

4.7 Cooperação jurídica internacional

Cooperação jurídica internacional, em sentido amplo, é o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado.

Dessa forma, para Araújo:

(...) Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de 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. (ARAÚJO, 2012, p. 02/03)

Conforme supramencionado, é possível determinar que a cooperação jurídica internacional rege atos de colaboração entre Estados e, estes atos, poderão ser atividades de solicitação ou cumprimento de medidas extrajudiciais. No caso do cumprimento de medidas extrajudiciais, é possível que a cooperação jurídica internacional abranja a colaboração para o cumprimento de medidas pré-processuais, de desenvolvimento regular de um processo e de execução, conforme demonstra Ramos (RAMOS, 2013, p. 624).

Portanto (op. cit, p. 625), pode-se afirmar que a cooperação jurídica internacional ocorre quando é obtida a colaboração recíproca entre os Estados que litigam o processo, pré-processo ou ato extrajudicial, uma vez que engloba os órgãos jurídicos competentes e que possuem a atribuição para realizar os atos necessários.

4.8 Cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil

A Lei nº 13.105/2015, novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, trouxe em seu texto, de forma inovadora, um capítulo para tratar somente sobre a cooperação internacional. O legislador preocupou-se em estabelecer diretrizes e orientar a cooperação jurídica. Como, por exemplo, é possível citar o respeito para com o devido processo legal no Estado requerente ou, também, a inadmissibilidade de atos que possam contrariar ou produzir resultados que não sejam compatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

É possível citar também o cuidado que o legislador teve em especificar o objeto da cooperação, como os atos de comunicação judicial e extrajudicial, a coleta de provas e obtenção de informações, homologação e cumprimento de decisão, medidas judiciais de urgência, e qualquer outra providência judicial ou extrajudicial não proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, o novo Código de Processo Civil regulamentou dois procedimentos, quais sejam, a carta rogatória, já explicada anteriormente, e o auxílio direto. Foi estabelecido o objeto da assistência como o critério de diferenciação entre os

procedimentos. Assim, quando o objeto da assistência decorrer diretamente de decisão de autoridade judiciária, a hipótese de procedimento cabível será a carta rogatória.

Por fim, é possível ainda citar sobre uma distinção encontrada entre ambos os procedimentos: a cooperação passiva. O objeto desta é sobre matéria sujeita ao controle jurisdicional, hipótese em que, quando se tratar de carta rogatória, a competência será do Superior Tribunal de Justiça (STJ), enquanto quando se tratar de auxílio direto, a competência jurisdicional passará a ser do juiz federal de primeiro grau.

5. A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Com o aumento de relacionamentos entre pessoas de diferentes nacionalidades, houve também o conseqüente aumento de separações dessas uniões, conforme já relatado anteriormente. Com isso, os filhos dessas relações passam a ser o alvo da disputa após a separação entre os ex-cônjuges e seus familiares.

Em 1980, houve um aumento considerável nas retenções ilícitas de menores de dezesseis anos pelos seus genitores e os países não possuíam um sistema de cooperação jurídico internacional unificado para solicitar a devolução do menor retido, visto que cada país possui o seu próprio ordenamento jurídico. Com isso, a devolução da criança ou do adolescente era dificultada.

Diante deste cenário foi criada a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, que foi promulgada no Brasil através do Decreto n. 3.413, em 14 de abril de 2000. O Brasil, portanto, é signatário desta Convenção.

Em 1983 foi criada a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, uma organização intergovernamental, constituída por setenta e sete membros com convicções jurídicas diferentes e que tem por objetivo harmonizar o entendimento jurídico entre os entes que compõem a Conferência da Haia.

Dessa forma, a Conferência da Haia possui grande atuação na proteção de crianças em situação de risco que envolva mais de um Estado Nacional, o que fez com que fossem formuladas convenções no âmbito de proteção das crianças que estejam enfrentando qualquer situação de risco, incluindo a remoção ilícita do menor do seu país de residência habitual, conforme já citado no capítulo anterior.

5.1 Utilização do termo sequestro

No Brasil, a Convenção da Haia de 1980 foi traduzida para os seguintes termos: “Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças”. Todavia, o termo “sequestro” não remete à linguagem habitualmente utilizada no

direito penal, por exemplo. A palavra “sequestro”, na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, remete-se à remoção ilícita de uma criança ou adolescente, menor de 16 (dezesesseis) anos, do seu país de residência habitual para outro sem a autorização legal, ou, ainda que com autorização inicial, não retorna com o menor ao país, descumprindo a decisão judicial.

Assim, é também considerado sequestro internacional de crianças reter uma criança em um país sem o consentimento do outro pai após um período de férias, ou viagem programada anteriormente, ainda que as férias tenham sido concedidas por autorização judicial, pois o genitor tinha o compromisso de retornar com o menor para o país de residência habitual e não o fez.

Ressalta-se que no texto da Convenção não é utilizado novamente o termo “sequestro” e que tampouco trata de uma punição na esfera criminal a ser imposta ao genitor abductor.

Há de se observar ainda que, segundo Tiburcio, existem duas situações que o genitor abductor pode se utilizar para praticar o sequestro internacional nos aspectos cíveis. A primeira delas é a que se trata de genitores de nacionalidades diferentes e, por conta do término da relação entre o casal, um dos genitores, por decisão unilateral, decide retirar o menor do local no qual ela reside. Já a segunda situação, a retenção, inicialmente, não se dá de maneira ilícita, todavia a permanência da criança longe de sua residência habitual configura a ilicitude da conduta. É o caso, por exemplo, que o genitor se aproveita da autorização legal para viajar ao exterior no período de férias com a criança e não retorna com ela no período proposto (TIBURCIO *et al*, 2014, p. 02).

Para a Convenção, a primeira hipótese apresentada é denominada de remoção e a segunda, por sua vez, é chamada de retenção. Portanto, será demonstrado mais a frente que o caso a ser estudado no presente trabalho trata-se de retenção.

5.2 Objetivo da Convenção da Haia

O artigo 1º da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças apresenta o objetivo desta, qual seja:

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.

(Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000, institui Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças).

Dessa forma, é possível notar que o artigo disposto apresenta duas premissas importantes, sendo a primeira referindo-se à proteção da criança contra ser removida ou retida de forma ilícita de seu ambiente social, ou seja, o direito da criança de ficar e permanecer no local em que ela já está habituada e que sua vida se desenvolve de forma estável. E, a segunda premissa, diz respeito à obrigação para os Estados Partes de respeito às situações jurídicas definidas nos outros Estados Partes relacionadas às guardas de suas crianças.

Perez menciona ainda sobre o real objetivo da Convenção:

(...) o objetivo da convenção não é regular aspectos materiais do direito de guarda, mas devolver a criança ao local onde a mesma se sinta confortável e de onde não deveria ter saído. Sua situação jurídica, de guarda ou qualquer outra subjacente, será levada para o conhecimento e julgamento perante autoridades do local onde a criança tinha sua residência habitual permanente, antes da subtração ou retenção ilegal, lembrando-se apenas que o conceito de direito de guarda não é definido na convenção e será atribuído pela ordem jurídica da residência habitual da criança, antes da retenção ou subtração ilegal. (TIBURCIO *et al*, 2014, p. 08).

Portanto, o objetivo da convenção é apenas conseguir a devolução da criança ao seu local de residência habitual e que haja um respeito mútuo entre os Estados Contratantes dos direitos de guarda e visitação reconhecidos em ordens jurídicas diversas.

5.3 Aplicação da Convenção da Haia

A Convenção da Haia de 1980 trata sobre a transferência ou a retenção de uma criança de forma ilícita, ou seja, quando uma criança é retirada do seu local de residência habitual por um de seus genitores. O artigo 3º da Convenção estabelece quando a transferência ou retenção do menor é considerada ilícita:

Artigo 3º: A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

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

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

O direito de guarda referido na alínea a pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado. (Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000, institui Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças).

Com relação ao artigo 3º, nos ensinamentos de Perez:

O artigo 3º constitui uma das provisões-chave da Convenção, eis que o funcionamento dos mecanismos de retorno da criança ao país de sua residência habitual depende fundamentalmente da aplicação do referido dispositivo convencional. O dever de retorno da criança surge somente quando sua remoção ou retenção é considerada ilícita com base no artigo 3º que, indiretamente, esclarece e foca as relações protegidas pela Convenção. Tais relações se baseiam em dois fatos: (a) a existência dos direitos de guarda atribuídos pelo Estado da residência habitual da criança (elemento jurídico); (b) o atual exercício dos direitos de guarda antes da transferência da criança (elemento factual). (TIBÚRCIO *et al*, 2014, p. 61).

O objetivo do artigo 3º da Convenção é proteger o direito de guarda em qualquer circunstância, sendo ela unilateral ou compartilhada. Além disso, é possível notar que o referido artigo menciona que considerará retenção ou transferência de uma criança ilícita quando houver violação ao direito de guarda atribuído pela lei do Estado em que a criança possui residência habitual. Portanto, é de suma importância determinar o local de residência habitual do menor para que se aplique o direito deste Estado.

Em seguida, o artigo 4º da Convenção de 1980 dispõe que esta se aplicará a qualquer criança que tenha residência habitual em algum Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir dezesseis anos.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tomou a iniciativa de constituir um grupo de trabalho acerca da Convenção da Haia de 1980 que, após determinado tempo, apresentou um texto contendo comentários aos dispositivos do texto convencional. Esse texto determinou que o artigo 3º é, sem dúvidas alguma, o “núcleo central da Convenção” ao enumerar os casos em que a retenção ou remoção é considerada ilícita. Ainda, este grupo registrou que é da competência do juiz ou da

autoridade administrativa responsável pela análise do pedido de retorno da criança analisar alguns requisitos, quais sejam:

(a) os Estados envolvidos no evento relacionado ao pedido de retorno devem ser contratantes da Convenção da Haia; (b) a criança, cuja restituição é pedida, deve ter residência habitual no Estado Requerente; (c) tal residência habitual deve ser caracterizada no momento imediatamente anterior ao ato de violação do direito de guarda; (d) a criança cuja restituição se requer deve ter idade inferior a 16 anos. (TIBÚRCIO *et al*, 2014, p. 67).

Ainda, o artigo 5º da Convenção da Haia contempla o direito de guarda e o direito de visita. O primeiro diz respeito aos direitos relativos aos cuidados com a criança e o direito de decidir sobre o lugar da residência desta e, o segundo, compreende o direito de levar a criança, por um período determinado, para local diferente ao da sua residência habitual.

Nesse seguimento, Hidalgo demonstra que, com a formulação do artigo 5º, a Convenção deseja garantir ao genitor abandonado que, ainda que ocorra a subtração do menor e seja localizado o seu paradeiro, este tenha o seu direito de visita garantido, sendo o direito exercido no local em que se encontra o menor até que o seu processo de restituição obtenha êxito (HIDALGO, 2016, p. 36).

5.3.1 Requisitos para aplicação da Convenção da Haia

Para que seja possível aplicar a Convenção da Haia é, inicialmente, necessário que a criança possua residência habitual em um Estado Contratante, antes da violação do direito de guarda ou de visita e a criança tenha menos de dezesseis anos.

Quando ocorrer caso de subtração ou retenção ilícita da criança e o Estado necessitar se utilizar dos mecanismos apresentados na Convenção da Haia e este ainda não seja um Estado Contratante será necessário que, conforme disposto no artigo 38 da Convenção da Haia, este envie um documento expresso aderindo aos termos da Convenção para encaminhar ao Ministério dos Negócios Estrangeiros dos Países Baixos. Em seguida, o termo de aceitação será encaminhado aos outros países já membros e uma notificação de adesão será enviada ao país aderente.

É de suma importância ressaltar que a presente Convenção será aplicada nos casos que se encaixarem nos moldes do artigo 3º, alíneas “a” e “b” da mesma, ou seja, será aplicada quando houver a retirada de uma criança de sua residência

habitual que foi deslocada para território estrangeiro sem anuência e/ou autorização do outro genitor, que teve o seu direito de guarda violado. Para tanto, é necessário que a residência habitual seja definida, pois somente com essa informação será possível definir o *status quo* da criança e, portanto, resgatá-la.

5.3.2 Exceções à aplicação da Convenção da Haia

Em regra, em casos de subtração ou remoção ilícita de um menor para país estrangeiro, este deverá retornar para o seu país de residência habitual. Entretanto, há exceções à regra.

As exceções estão dispostas nos artigos 12, 13 e 20 da Convenção.

O artigo 12 afirma que quando o menor tiver sido ilicitamente transferido ou retido e tenha passado o período de menos de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevida e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa o Estado Contratante onde a criança se encontra, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. Ou, ainda, se já tiver passado o prazo de um ano mencionado anteriormente, a autoridade judicial ou administrativa respectiva deverá ordenar o retorno da criança, EXCETO quando for PROVADO que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Assim, nos ensinamentos de Perez:

Observa que a norma em questão não esclarece como a prova da adaptação ao novo meio deve ser produzida, mas considera lógico admitir que o ônus de produção dessa prova incumba ao abductor ou à pessoa que eventualmente se oponha à devolução da criança, sem prejuízo do poder discricionário eu a autora do relatório reconhece, nesse caso, às autoridades internas encarregadas de examinar o pedido de retorno. (TIBÚRCIO *et al*, 2014, p. 245).

Após, o artigo 13 e suas exceções estão expostas em suas alíneas “a” e “b”:

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

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o e retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança. (Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000, institui Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças).

Nos ensinamentos de Pérez, as exceções previstas nas alíneas “a” e “b” do artigo supramencionado precisam ser provadas por aquele que está com o menor, considerando que o ônus da prova recai sobre quem alega (PEREZ apud, TIBURCIO *et al*, 2014, p.269).

A Convenção determina que seja verificada a situação que existia antes da remoção ou retenção ilícita ocorrer para que seja possível analisar se o direito de guarda estava sendo realmente exercido. Além disso, também é de suma importância que tenha o cuidado de observar e relatar com relação ao genitor abandonado se este possuía conhecimento da remoção ou retenção ilícita e, se sim, se foi uma ação consensual ou de decisão por apenas uma das partes.

O objetivo da Convenção da Haia é assegurar o retorno da criança ao país da residência habitual, portanto, as hipóteses presentes no artigo 13 devem ser aplicadas somente em caráter excepcional.

Tiburcio explicita as quatro hipóteses excepcionais ao retorno do menor dispostos na Convenção da Haia, quais sejam:

(1) O não exercício efetivo do direito da guarda da criança pelo(a) requerente (genitor abandonado); (2) o consentimento anterior ou posterior do(a) requerente (genitor abandonado) com a remoção ou retenção da criança; (3) a existência de grave risco físico ou psicológico ou situação intolerável para a criança com o retorno; e (4) a recusa da criança, com maturidade para isso, em retornar ao país da residência habitual. (TIBURCIO *et al*, 2014, p. 285/286)

Assim, quando a criança tiver maturidade e entender a situação e se recusar a retornar ao seu país de residência habitual, será possível aplicar esta exceção. Na Convenção não existe uma idade mínima preestabelecida para determinar que a criança manifeste a sua vontade, portanto, ficará a cargo do julgador da causa definir tal fator.

Quando houver a possível existência de grave risco físico ou psicológico, o juiz do Estado que recebeu o menor como remoção ilícita não poderá permitir o retorno deste ao seu local de residência habitual.

Por fim, o artigo 20 da Convenção dispõe que:

Art. 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. (Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000, institui Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças).

Segundo Pérez, o artigo 20 traz para a Convenção um ponto sensível, pois, até o presente momento, tudo o que se é discutido na Convenção que pode impedir o retorno da criança envolve situação de fato da sua vida, ou seja, situações que envolvem as partes no conflito que são elementos intrínsecos à relação jurídica de direito material em discussão. Já o artigo 20 traz uma discussão de argumento extrínsecos à relação jurídica e relacionados aos Estados Partes e seus sistemas de direitos e garantias individuais (PÉREZ apud, TIBURCIO *et al*, 2014, p. 359).

Como já mencionado anteriormente, o objetivo da Convenção é assegurar o retorno da criança ao país de residência habitual, porém, havendo alguma das exceções dispostas na Convenção, o menor ficará no Estado de refúgio desde que o genitor que realizou a remoção ou retenção ilícita prove os motivos pelos quais foi necessária tal ação, mera alegação não é o suficiente para tal decisão.

5.4 Autoridade central

Na Convenção da Haia ficou estabelecido que cada país aderente indicará uma autoridade competente para tratar sobre o assunto da retenção ou remoção ilícita da criança e a Convenção regulará obrigações e prerrogativas para essa autoridade.

A autoridade central que for indicada pelo país aderente à Convenção deverá encaminhar o pedido de cooperação, além de dar destinação aos pedidos que forem recebidos.

A função da autoridade central será trabalhar conjuntamente com o autor do procedimento e com a autoridade competente dos Estados para localizar e restituir a criança/adolescente o mais rápido possível, seguindo o disposto na Convenção.

Quando o menor for localizado, a autoridade competente notificará o genitor ou o responsável sobre a instauração do processo de restituição. Será necessário todo o cuidado para se evitar que o genitor subtrator fuja e, portanto, dificulte o processo de restituição.

Todas as autoridades centrais dos países signatários da Convenção terão a colaboração da International Criminal Police Organization (INTERPOL) para ajudar a localizar o menor conjuntamente com o abductor.

O artigo 26 da Convenção da Haia determina que a autoridade central do país requerido deverá custear todas as despesas e custas processuais necessárias para o andamento do processo. Não será permitido exigir do requerente o custeio das despesas relacionadas aos gastos que venham ser de atividade desempenhada pela autoridade central do país requerido. Ainda, esse mesmo artigo estabelece que não serão patrocinadas as despesas referentes à volta do menor ao seu país de residência habitual, sejam essas quais for (passagem aérea, transporte de mudança etc).

Será admitida ação de regresso contra o genitor que violou o direito de guarda ou visita do outro genitor. A autoridade judicial, ao determinar o retorno do menor, pode estabelecer o pagamento de todas as despesas ocorridas durante a tramitação do processo. Será analisado, pela autoridade judicial, todos os gastos que ocorreram, desde a tentativa de localizar o menor até o seu retorno e, dessa forma, estabelecerá o valor total dos gastos e ordenará o pagamento das despesas ao genitor subtrator.

5.4.1 Autoridade central brasileira

O artigo 6º da Convenção da Haia estabelece que o Estado Contratante deverá designar uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas. No caso do Brasil, a autoridade competente para atender ao que foi estabelecido pela Convenção é a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), que possui como objetivo cooperar internacionalmente nos casos de subtração ou remoção ilícita e dar cumprimento em soluções de casos.

A ACAF foi reconhecida pela promulgação do Decreto nº 3.951, no dia 04 de outubro de 2001.

Para ser possível executar as atividades da autoridade central, o Brasil criou a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH/RP), criada no ano de 1997. A

função da SEDH/RP, quando criada, era dar suporte às crianças e adolescentes e pessoas portadoras de deficiência. Porém, teve a sua atividade expandida e começou a atuar em conjunto com organismos internacionais em cooperação em defesa dos direitos humanos. Dessa forma, em 1999, houve a alteração de SEDH/RP para SEDH/PR, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

A SEDH/PR vem atuando como autoridade central brasileira, trabalhando nos casos de subtração internacional de crianças e em questões de adoção internacional. A autoridade que chefia a SEDH/PR fica a cargo do Ministro de Estado.

Os casos podem possuir uma solução amistosa, ou seja, um cenário único para o diálogo entre os Estados e as supostas vítimas de violações de direitos humanos. Nesses casos, a autoridade central brasileira encaminhará o processo para a Advocacia Geral da União (AGU), para que seja realizada a análise jurídica e ingresse com a ação cabível.

No ano de 2011, foi criado um site da AGU conjuntamente com a Procuradoria Geral da União em que foi realizado um manual que possui informações com relação à subtração internacional de crianças. Tal manual pode ser encontrado no site da autoridade central brasileira.

5.5 Pedido de devolução

Qualquer pessoa ou instituição que possui ciência de que uma criança foi transferida ilicitamente para outro país e, portanto, descumpriu com o direito de guarda e visita do seu genitor poderá requerer a aplicação da Convenção da Haia para assegurar o retorno do menor ao seu país de residência habitual.

Para que seja possível o pedido ser aplicado à Convenção da Haia, é necessário que este contenha alguns mínimos requisitos, que serão mencionados a seguir, para que seja aceito pela autoridade central do país em que se encontra o menor.

O artigo 8º estabelece que é necessário que conste no requerimento informações sobre a identidade do requerente, da criança/adolescente e do genitor subtrator, ou seja, da pessoa que está com o menor de forma ilícita em outro país. Além disso, é necessária a data de nascimento e os motivos que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança, bem como a informação de localização. Esses

são os elementos obrigatórios para que a autoridade central possa ingressar com o pedido de devolução.

Além disso, deverá ser demonstrado que os requisitos do artigo 3º da Convenção (direito de guarda e visita) foram violados. Após, poderá anexar com o requerimento qualquer decisão que regulamenta eventual acordo celebrado entre os genitores que tenha sido estabelecido o exercício do direito de guarda e de visitação no país de origem da criança.

O pedido deverá ser formulado no idioma oficial do Estado requerente e deverá ser acompanhado de uma via traduzida no idioma do Estado requerido. Os países signatários poderão estabelecer reservas no que diz respeito à utilização exclusiva do idioma inglês ou francês, conforme estabelecido no artigo 24 da Convenção da Haia.

As autoridades administrativas e judiciais terão o prazo de seis semanas, contados a partir da data do recebimento do pedido de devolução para que o retorno seja o mais rápido possível.

Caso o prazo seja ultrapassado, o requerente ou a autoridade central poderão solicitar uma declaração com relação ao motivo da demora, segundo o artigo 11 da Convenção.

6. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA NO BRASIL

Quando um país adere a uma Convenção, este passa a obter status de Estado-parte, que tem a obrigação de colaborar com os Estados contratantes a partir da data que a convenção entrou em vigor no Brasil.

A Convenção da Haia em questão só poderá ser aplicada nos casos que ocorram as transferências ou retenções ilícitas ocorridas após a entrada em vigor no país aderente. Dessa forma, não será possível aplicar a convenção antes da sua entrada em vigor, conforme dispõe o artigo 35 da Convenção da Haia.

No caso do Brasil, a Convenção foi aderida 20 anos após a sua entrada em vigor por meio da aprovação dada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 79 de 15 de setembro de 1999. O Brasil realizou todos os trâmites estabelecidos no texto da convenção, depositando seu pedido de adesão junto ao Ministério de Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, como está estabelecido no artigo 37 da Convenção.

A promulgação da Convenção se deu pelo Decreto nº 3.413, no dia 14 de abril de 2000, sendo publicada três vezes no diário oficial.

Os países membros precisam declarar o reconhecimento do Estado que aderiu a Convenção, pois, se o Brasil, por exemplo, receber um pedido de restituição de menor de um país que seja membro da Convenção da Haia, mas o Brasil não foi declarado aceito, as autoridades brasileiras não serão obrigadas a cooperarem com a devolução da criança.

6.1 Competência jurisdicional

Quando é recebido pedido de restituição do menor pela autoridade competente da ACAF, esta conferirá se todos os requisitos foram cumpridos. Em seguida, haverá a busca pelo menor, com a ajuda da polícia federal, de acordo com as informações recebidas do requerente.

Sendo o genitor abductor encontrado com a criança subtraída, será realizada uma proposta de conciliação da lide, sem o envolvimento, inicialmente, da justiça. Caso o genitor não aceite a proposta, ficará a cargo da ACAF, com a documentação encaminhada para a AGU, para solucionar o caso.

A AGU atuará defendendo os direitos da União e os interesses do genitor requerente. Ainda, a AGU é responsável por verificar se todas as condições de admissibilidade foram preenchidas conforme disposto na Convenção. Após essa conferência, será proposta a ação judicial cabível para dar o cumprimento ao compromisso prestado pelos Estados-partes.

As ações judiciais que versarem sobre subtração de criança com base na Convenção da Haia serão tramitadas pela Justiça Federal, conforme disposto no artigo 109, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A União atuará como parte autora ou ré da demanda, depende da situação, mas sempre atuará com o objetivo de dar cumprimento ao acordo.

Com a instauração do processo de devolução pela AGU, será verificado se o caso se enquadra na Convenção da Haia. Caso a justiça entenda que não cabe nos moldes da Convenção, o advogado do genitor e a AGU poderão recorrer da decisão ao Tribunal Regional Federal (TRF) da vara federal da localidade que se negou o reconhecimento do pedido para que se reexamine mais uma vez.

Vale ressaltar, mais uma vez, que as decisões formuladas pela justiça federal deverão tratar somente da retenção ilícita do menor, não tratar do direito de guarda, pois isso cabe ao Estado de residência habitual da criança.

O processo será instaurado na justiça estadual brasileira somente quando se tratar de crianças que tenham residência habitual no Brasil e ocorrer a subtração desta por parte de um dos genitores.

Por fim, na situação que a justiça federal entender desfavorável a aplicação da Convenção da Haia e tratar como um caso de direito de família, o processo será remetido para a justiça estadual comum.

7. ANÁLISE DO CASO MARCELLE GUIMARÃES X CHRISTOPHER BRANN À LUZ DA CONVENÇÃO DA HAIA

O presente conflito tem como pano de fundo a abdução do menor Nicolas Scott Brann, filho de Marcelle Guimarães e Christopher Brann, dos Estados Unidos para o Brasil, em Julho de 2013, em descumprimento a acordo judicial celebrado perante tribunal americano, e bem como em violação à Convenção da Haia Acerca dos Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores de 1980.

Os genitores do Nicolas se separaram de fato e ingressaram com ação de divórcio, onde ambos moravam, Condado de Harris, Texas, EUA.

Quando houve o divórcio, a Marcelle solicitou expressamente que ela e o genitor de Nicolas fossem designados como “guardiões conjuntos” da criança.

No dia 18 de janeiro de 2013 foi publicada a decisão homologatória do acordo na Corte Distrital do Condado de Harris, do Estado de Texas, EUA, que dispôs sobre a guarda conjunta da criança.

Dia 01 de julho de 2013, Marcelle, sob a premissa de comparecer ao casamento do irmão, viajou juntamente com o menor para o Brasil, tendo acertado com o Christopher de voltar com o menor para o local de sua residência habitual, no Texas, EUA, no dia 20 de julho de 2013.

Logo após a data estipulada, a genitora descumpriu o acordo referente à viagem de volta sua e do menor, permanecendo no país de forma ilícita. No dia 27 de julho de 2013, sob a alegação de ter adoecido, a mesma informou ao ex-marido que ficaria com o menor no Brasil até 03 de agosto de 2013.

Passado um dia após o fim da data estipulada unilateralmente pela genitora, o seu advogado informou ao advogado do genitor que, conforme havia sido notificado pelo pai de Marcelle, ela e o filho permaneceriam no Brasil e residiriam com ele.

Ressalta-se que Marcelle ingressou com ação de fixação de guarda do menor c/c regulamentação de visitas com pedido de liminar de antecipação de tutela na Justiça Estadual da Bahia no dia 12/07/2013.

Ao ser notificado por seu advogado da decisão de Marcelle pelo seu pai de que ela não retornaria no dia 04 de agosto de 2013, Christopher informou imediatamente o fato à Corte Distrital do Texas, a mesma que havia decretado os termos da Guarda e Visitação, e esta decidiu que a residência principal da criança deve ser no Condado

de Harris, Texas, e não poderá haver mudança de residência principal da criança até que seja modificada por outra ordem do tribunal de jurisdição contínua ou por acordo escrito e assinado pelas partes e apresentado ao tribunal; que Christopher teria o direito à posse física da criança em todos os momentos; que Marcelle entregasse a criança para Christopher e que, até nova ordem, Marcelle não teria o direito de posse ou acesso ao seu filho.

Entretanto, em paralelo, Marcelle, ao ingressar com ação de fixação de guarda de Nicolas na Justiça Estadual da Bahia, alegou que o genitor de seu filho possui transtornos psiquiátricos de vício em sexo, que já reagiu explosivamente, quebrando móveis e aparelhos eletrônicos; já agrediu a Marcelle na frente de seu filho e, portanto, não poderia ter a guarda da criança. Assim, no dia 22 de julho de 2013, houve uma decisão interlocutória que decidiu que aquele Juízo era competente para o processamento e julgamento da ação pelo fato de não existir, na época, qualquer pedido de restituição do menor ao país de origem e nem elementos que apontassem no sentido de sequestro internacional e, portanto, no dia 22/07/2013, foi deferida a guarda provisória de Nicolas Scoot Brann para a sua genitora.

Christopher, não concordando com tal feito, ingressou com ação na justiça federal requerendo a busca e apreensão do menor. O juiz federal alegou ser competente para julgar a presente ação por se tratar de uma causa fundada na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, porém, com base nos artigos 12 e 13 da Convenção, que apresentam as exceções ao retorno do menor ao país de origem, o juiz decidiu que o menor não retornaria ao seu país de origem, pois ele já se encontrava integrado ao seu novo meio e ainda que existia grave risco dele ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, levando em consideração as provas apresentadas anteriormente pela genitora de Nicolas. Com isso, restou decidido que não se encontravam reunidas as condições previstas para o retorno do menor aos Estados Unidos e que, portanto, o fundo de direito de guarda e sobre as visitas deveriam ser tomadas pelo Juízo Estadual da Bahia.

Assim, Marcelle ingressou com ação de fixação de guarda na Justiça Estadual, ao passo que Christopher ajuizou ação de busca e apreensão do menor, na Justiça Federal, com base na Convenção da Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de menores.

Diante dessas duas ações em tramitação, foi suscitado por Christopher o Conflito de Competência n. 132.100/BA, o qual, todavia, não foi conhecido em acórdão assim ementado:

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 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 e 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 da 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.

O juízo estadual da Bahia decidiu sobre a guarda e as visitas, porém Christopher não concordou e ingressou com novo pedido de conflito de competência pedindo que fosse concedida medida liminar para declarar o Juízo Federal como o juízo competente para julgar acerca das questões de guarda e visitação do menor, destituindo-se a competência da Juíza Estadual e remetendo-se os autos ao Juízo Federal.

Porém, no conflito de competência nº 151.147/BA, foi decidido que o conflito não merece conhecimento, pois essa discussão já foi analisada no julgamento do CC n. 132.100/BA, ocasião em que se entendeu que não havia conflito a ser solucionado, pois o Juízo Estadual havia se declarado competente para o julgamento da guarda e visitação do menor e o Juízo Federal havia se declarado competente tão somente para a ação de busca e apreensão.

Os processos estão em curso até o dia de hoje.

Superado o resumo dos processos, passa-se à análise do mesmo em vista de todo o abordado anteriormente no presente trabalho.

Inicialmente, o artigo 3º da Convenção da Haia de 1980 trata sobre quando a transferência ou retenção ilícita de uma criança é considerada ilícita, dispondo, em sua alínea “a”, que a transferência ou retenção de uma criança é considerada ilícita

quando tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência.

Dessa forma, é possível afirmar que Marcelle reteve o seu filho ilícitamente no Brasil e infringiu o artigo 3º da Convenção da Haia e que o caso em apreço se utiliza sim da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Com relação à jurisdição, está disposto na Carta Magna de 1980, no artigo 109, III, que compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Ainda, nos ensinamentos de Perez, a Convenção tem o objetivo de apenas devolver a criança ao local de residência habitual e lá discutir sobre a guarda:

(...) o objetivo da convenção não é regular aspectos materiais do direito de guarda, mas devolver a criança ao local onde a mesma se sinta confortável e de onde não deveria ter saído. Sua situação jurídica, de guarda ou qualquer outra subjacente, será levada para o conhecimento e julgamento perante autoridades do local onde a criança tinha sua residência habitual permanente, antes da subtração ou retenção ilegal, lembrando-se apenas que o conceito de direito de guarda não é definido na convenção e será atribuído pela ordem jurídica da residência habitual da criança, antes da retenção ou subtração ilegal. (TIBURCIO *et al*, 2014, p. 08).

Portanto, o objetivo da convenção é apenas conseguir a devolução da criança ao seu local de residência habitual e que haja um respeito mútuo entre os Estados Contratantes dos direitos de guarda e visitação reconhecidos em ordens jurídicas diversas.

Entretanto, o caso em tela apresenta a possibilidade de aplicar as exceções dispostas no artigo 12 e 13, “b” da referida Convenção, que permitem que a autoridade judicial ou administrativa se recuse a ordenar o retorno do menor ao seu país de origem, quando for provado, respectivamente, que a criança já encontra integrada ao seu novo meio e que existe grave risco de ela ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica.

Marcelle apresentou documentos comprovando o transtorno psiquiátrico de vício em sexo do Christopher e ainda ressaltou que ele é muito agressivo e explosivo, o que, ao entendimento da justiça brasileira, foi motivo suficiente para determinar o não retorno da criança. Com isso, foi considerada competente para julgamento da ação de guarda a justiça estadual, por ser o novo local de residência habitual da

criança.

Todavia, segundo Perez, a situação jurídica de guarda deverá ser levada para o conhecimento e julgamento perante autoridade do local onde a criança tinha a sua residência habitual permanente, antes da retenção ilegal. Dessa forma, por essa análise, a guarda do menor Nicolas deveria ser discutida na justiça do Condado de Harris, no Texas, e não no Brasil, pois ainda que presentes as exceções da Convenção no caso, a guarda discute-se somente no local de residência habitual antes da subtração/retenção, uma vez que o menor só teve a sua residência modificada para o Brasil, pois a sua genitora o trouxe sob a premissa de comparecer ao matrimônio do irmão, mas o reteve juntamente a ela.

Ressalta-se ainda que Christopher apresentou a decisão da guarda emitida no Condado de Harris e lá constava a concordância da genitora de Nicolas que ele tivesse o convívio com ambos os pais sem apresentar prova alguma do seu transtorno e das suas explosões e agressões.

Com isso, discutir-se-ia na Justiça Federal no Brasil a questão sobre a retenção do Nicolas, pelo fato de Marcelle ter assinado um acordo no Condado de Harris de que retornaria com o menor no dia 20 de julho de 2013, fato que não ocorreu e a questão da guarda discutir-se-ia no Condado de Harris, local de residência habitual da criança, não na Justiça Estadual da Bahia.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção da Haia foi criada no dia 25 de outubro de 1980, e entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 3.413/2000 e é um instrumento utilizado com a finalidade de combater a subtração internacional de crianças, visando resolver conflitos entre genitores de nacionalidades distintas e que envolvam a prole em comum.

Será configurada subtração internacional da criança quando tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou qualquer outro organismo, pela lei do Estado onde a criança tivesse a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou retenção. A remoção ou retenção ilícita pode ser praticada pelos pais biológicos, ex-cônjuges, adotivos, avós, tios ou até mesmo pessoas sem vínculos com a criança.

Sempre que for constatada a remoção/retenção ilícita da criança, será possível invocar a Convenção da Haia de 1980 com o objetivo de garantir o retorno da criança ao seu país de residência habitual, sempre protegendo a criança.

Todavia, existem as exceções dispostas na Convenção que estabelece quando não haverá o retorno da criança para o seu país de residência habitual. Assim, será aplicado quando ocorrer riscos graves a integridade física e psíquica da criança caso haja o retorno ou, ainda, se o menor possui maturidade suficiente para expressar a sua vontade perante o juízo.

Para que haja o pedido de restituição de uma criança que foi sequestrada, basta que qualquer pessoa ou instituição que tenha ciência do fato requeira a aplicação da Convenção da Haia para assegurar o retorno da criança.

Para que seja possível o pedido ser aplicado à Convenção da Haia, é necessário que este contenha alguns mínimos requisitos, para ser aceito pela autoridade central do país em que se encontra o menor. São eles: as informações sobre a identidade do requerente, da criança/adolescente e do genitor subtrator, ou seja, da pessoa que está com o menor de forma ilícita em outro país. Além disso, é necessária a data de nascimento e os motivos que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança, bem como a informação de localização. Esses são os elementos obrigatórios para que a autoridade central possa ingressar com o pedido de

devolução. Além disso, será ainda necessário demonstrar que os elementos presentes no artigo 3º da Convenção fora violado.

Para que a cooperação entre os Estados exista é necessário que o Estado parte indique uma autoridade central que receberá o pedido de restituição da criança. No caso do Brasil, a autoridade central competente para tanto é a Autoridade Central Administrativa (ACAF).

Para executar as atividades da autoridade central, foi criada no Brasil a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) em 1997.

Seguindo o disposto na Constituição Federal, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional será competência do Juízo Federal.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, foi possível compreender a aplicação da Convenção da Haia de 1980 no caso da Marcelle Guimarães e do Christopher Brann. Foi constatada a aplicação do artigo 3º da Convenção no caso, pois Marcelle trouxe Nicolas, seu filho, com autorização para o Brasil, porém não retornou na data especificada. Entretanto, o caso em tela apresenta a possibilidade de aplicar as exceções dispostas no artigo 12 e 13, “b” da referida Convenção, que permitem que a autoridade judicial ou administrativa se recuse a ordenar o retorno do menor ao seu país de origem, quando for provado, respectivamente, que a criança já encontra integrada ao seu novo meio e que existe grave risco de ela ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica.

Todavia, com a análise do caso em cima do presente trabalho a situação jurídica de guarda deverá ser levada para o conhecimento e julgamento perante autoridade do local onde a criança tinha a sua residência habitual permanente, antes da retenção ilegal. Portanto, a retenção seria discutida na Justiça Federal do Brasil e a guarda discutida no Condado de Harris, no Texas, ainda que presentes as exceções dispostas na Convenção, pois o seu local de residência habitual antes da retenção ilegal era lá e não no Brasil.

Ainda, foi possível concluir que a criação das Convenções e tratados internacionais, em especial a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional, foi de suma importância para preservar a criança de viver em condições em que não estava habituada, ou, ainda, viver em condições que não lhe agradavam. Com a criação da Convenção, os países que tenham envolvimento na relação da

subtração terão um regramento sobre o assunto a seguir e conseguir devolver o menor ao seu local de residência habitual.

Um ponto negativo que é possível ser analisado é a demora dos países signatários para solucionar o caso na justiça e devolver, de forma célere, o menor ao seu país de residência habitual. No caso em tela é possível notar de forma clara esse problema, pois a retenção se deu em julho de 2013 e até a presente data não teve a resolução do caso analisando a Convenção da Haia de 1980, pelo contrário, a genitora de Nicolas ingressou com ação de guarda na justiça estadual da Bahia e teve o seu pedido aceito, pois quando esta foi ingressada ainda não existia pedido de devolução por parte do genitor pelo fato de ela ainda estar dentro do prazo para devolver o menor ao seu país. Com isso, ela se aproveitou disso e teve, inicialmente, o seu pedido aceito, ou seja, teve a guarda, ainda que provisória, determinada pelo Juízo Estadual, o que acaba dificultando a efetiva aplicação da Convenção da Haia de 1980. Portanto, o que deveria ser feito seria uma atuação mais célere e rigorosa para os casos de subtração internacional, no âmbito cível, de crianças, pois isso, provavelmente, evitaria que o abductor tivesse maiores chances de ingressar na justiça do seu país e obter êxito no pedido feito.

Como uma outra solução, é possível citar o caso do Sean Goldman, que se arrastou por anos e teve uma resposta firme do Brasil somente quando os Estados Unidos da América pressionou para que ocorresse a devolução ao local de residência habitual do menor, caso contrário, os Estados Unidos aplicaria sanções contra o Brasil.

Assim, se houvessem sanções para serem aplicadas caso o desfecho da situação demorasse a ocorrer, os países signatários da Convenção a levariam mais a sério e a cumpriria sem delongas.

Conclusivamente, a Convenção da Haia de 1980 é o melhor instrumento para casos de subtração internacional de crianças e de cooperação internacional que envolva países aderentes desta. Antes de existir essa Convenção, a devolução do menor era praticamente impossível e, se não fosse a existência desta, continuaria da mesma forma e a criança continuaria sendo exposta a passar por situações estressantes, feito essas, que modificam toda a sua rotina e vivência com as duas famílias.

REFERÊNCIAS

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

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. 14. ed. Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788430980740/>. Acesso em: 24/09/2020

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito internacional privado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HIDALGO, Gabriela. **Convenção da Haia ao combate à subtração internacional de crianças**. Taubaté: [s.n], 2016.

NASCIMENTO, C. P. B. S. G. E. D. **Manual de Direito Internacional Público**. Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610099/>. Acesso em: 24/09/2020

OLIVEIRA, M. V. D. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985448/>. Acesso em: 24/09/2020

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

TIBURCIO, Carmen *et al.* **Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

<http://www.cidh.org/Cuestionarios.soluciones.amistosas.PO.htm#:~:text=Os%20processos%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20amistosa,exemplo%2C%20medidas%20de%20n%C3%A3o%20repeti%C3%A7%C3%A3o.> – acessado em 03/09/2020 às 22h58

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf/> - acessado em 09/03/2020 às 22h26

<https://www.conjur.com.br/2015-out-17/fabio-bechara-cpc-pacificou-normas-cooperacao-internacional> - acessado em 24/06/2020 às 21h31

<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1362.html> - acessado em 14/03/2020 às 17h58

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/992/Costumes-Internacionais> - acessado em 19/04/2020 às 16h38

<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67998-89965-1-pb.pdf> - acessado em 24/06/2020 às 18h48 - RAMOS, ANDRÉ.

<https://www.hcch.net/pt/about> - acessado em 04/06/2020 às 22h32

<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional> - acessado em 14/03/2020 às 18h06

<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/arquivos/protocolo-las-lenhas/view> - acessado em 24/06/2020 às 12h55

<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/A-IMPORT%C3%82NCIA-DA-COOPERA%C3%87%C3%83O-JUR%C3%8DDICA-INTERNACIONAL-PARA-A-ATUA%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-BRASILEIRO-NO-PLANO-INTERNO-E-INTERNACIONAL.pdf> – acessado em 24/06/2020 às 18h32

<https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-internacional-de-menores-os-tribunais-brasileiros-tem-oferecido-protecao-suficiente-ao-interesse-superior-do-menor.pdf> - acessado em 03/06/2020 às 12h44

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1212.htm - acessado em 14/03/2020 às 17h37

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm - acessado em 08/03/2020 às 18h23

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php> - processo 0035038-48.2013.4.01.3300 (processo na justiça estadual) Restituição de criança convenção da haia 1980.

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1/1> - acessado em 03/06/2020 às 12h50 - Cf. TONINELLO, Fernanda. A aplicação dos direitos fundamentais nos casos de sequestro internacional de menores. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 1-30, jan./jun. 2007. Disponível em: Acesso em: 15 set. 2011.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf> - acessado em 11/08/2020 às 17h29