

Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980

Taís Vasconcelos Cidrão¹

Antônio Walber Muniz²

Sérgio Adriano Ribeiro Sobreira³

Resumo: Atualmente, uma das consequências do processo de “globalização”, além da intensificação das relações comerciais entre empresas e Estados, é que se tem formado, cada vez mais, famílias bi ou multinacionais. Nesses casos, a família normalmente fixa residência no país de um dos cônjuges. Todavia, após o divórcio, um dos cônjuges toma a decisão unilateralmente de voltar a residir no seu país de origem, levando consigo os filhos resultantes do casamento, ainda que menores, sem a autorização do outro genitor e nem sequer do Poder Judiciário competente. Nestas situações, e em outras nas quais a(s) criança(s) é (são) subtraída(s) do seu “habitat” natural por um dos genitores sem a devida autorização do outro genitor e nem o seu suprimento judicial, aplica-se a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças com o objetivo precípua de repatriar e reinserir a criança no seu meio original, restabelecendo-se o *status quo*. Todavia, há alguns aspectos e exceções previstas na referida Convenção que têm sido alvo de discussões nos Tribunais e no meio acadêmico. O que se pretende com o referido estudo é, através de um estudo bibliográfico e documental (principalmente através de análise legislativa) examinar os pormenores dessa problemática.

Palavras-chave: Sequestro Internacional de Crianças. Repatriamento. Cumprimento da Decisão Judicial.

¹ Graduada em Direito pela UNIFOR Aluna da especialização em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Mestranda em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento pela Unichristus. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais da Unifor. Advogada. E-mail: <taisvcidrao@hotmail.com>.

² Professor adjunto do Curso de Direito da UNIFOR. Pós-doutorando em Relações Internacionais pela UnB. Doutor em Integração da América Latina pela USP. Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais e do REPJAL da UNIFOR. E-mail: <walber@unifor.br>.

³ Graduado em Direito pela UNIFOR. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIFOR. Especialista em Direito Internacional pela UNIFOR. Advogado.

Abstract: Nowadays, one of the consequences of the “globalization” process, besides the intensification of commercial relations between companies and states, is that more and more bi-or multinational families have been formed. In these cases, the family usually establishes residence in the country of one of the spouses. However, after the divorce, one of the spouses takes the decision unilaterally to return to reside in their country of origin, taking with them the children resulting from marriage, even if minors, without the authorization of the other parent and not even the competent Judiciary. In these situations, and in others where the child (ren) are (are) subtracted from their natural habitat by one of the parents without the due authorization of the other parent and their judicial supply, the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was established with the primary objective of repatriating and reinserting the child in its original environment, restoring the status quo. However, there are certain aspects and exceptions provided for in the Convention that have been the subject of discussions in the Courts and in the academic world. The aim of this study is to examine the details of this problem through a bibliographical and documentary study (mainly through legislative analysis).

Keywords: International Child Abduction. Repatriation. Compliance with the Judgment.

Introdução

Não é demais salientar que a criança, devido à sua vulnerabilidade, é alvo de grandes preocupações tanto nacionais como internacionais. Não é à toa que há vários tratados e convenções internacionais que buscam tutelar o seu direito e sua proteção, como, por exemplo, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores e a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, esta última alvo do presente estudo.

O objeto do presente trabalho é o “sequestro” internacional de crianças e como ele é discutido dentro do âmbito da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. O que se criou com a formalização da Convenção foi a criação de um sistema preventivo (e não repressivo) e também de cooperação processual internacional. O objetivo em profusão dos 76 (setenta e seis) países signatários (dentre eles, o Brasil) foi assegurar o retorno imediato das crianças que tenham sido transferidas ou retidas em outro país de maneira ilícita ou indevida por um dos genitores (o que cria obstáculos a convivência familiar) e, ao mesmo tempo, garantir o respeito aos direitos de guarda e de visita, como preleciona à perfeição o art. 1º da Convenção.

Notou-se, não raras vezes, que antes da promulgação da mencionada Convenção, a resolução de casos de subtração encontrava barreiras quase intransponíveis, tendo em vista o envolvimento de soberanias diversas, fato que dificultava (ou no mínimo atrasava), por certo, o cumprimento de decisões judiciais. Esse impasse serviu por muito tempo como alibi para afastar de maneira o embate argumentativo entre as nações para se ver protegido o direito da criança no plano internacional. A problemática tomou proporções *mundi* a ponto de se criar uma preocupação internacional acerca da temática, o que acabou por ser responsável pela criação da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Apesar de fazer referência ao termo “sequestro” internacional, a Convenção de Haia trata tão somente de casos nos quais há a retenção do filho do casal no exterior por um dos genitores sem a devida autorização do outro, em outras palavras, trata-se de uma retenção indevida. O uso da expressão “sequestro” tem gerado muita perplexidade entre os operadores do Direito no Brasil, isso porque se acredita que tenha sido traduzida equivocadamente, quando, na verdade, o termo mais adequado seria “subtração”. Nos países de língua inglesa preferiu-se a utilização do termo “*abduction*” (um traslado ilícito

de uma pessoa mediante uso de força ou fraude. Já na tradução francesa da Convenção, optou-se pelo termo “*enlèvement*” (que deriva de retirada, remoção). Portugal, ainda, traduziu como sendo “rapto”, termo que tem uma pertinência levando-se em consideração a sua legislação pátria (que é diversa da brasileira). Por esse motivo, a convenção não se aplica a outros tipos de “sequestro”, como os tratados no Código Penal brasileiro ou por legislações equivalentes em outros países.

No contexto brasileiro, a Convenção foi promulgada através do Decreto nº 3413 de 14 de Abril de 2000. Com isso em mente, inicialmente far-se-á uma abordagem sucinta sobre a aplicação da Convenção dentro da realidade brasileira, analisando, inclusive, a competência do Poder Judiciário para processar e julgar as demandas judiciais advindas da referida Convenção.

O desvelamento das pré-compreensões tangentes à discussão conceberá na busca pela restituição da criança ao seu país de origem, o que também será tratado mais a frente juntamente com as exceções que eventualmente podem impedir o retorno da mesma. Conclui-se tecendo comentários e sugestões que, a priori, poderiam contribuir para fomentar o debate acerca do tema e a aplicação da convenção nos Tribunais pátrios.

Como aplicar a Convenção

O Brasil, por meio do Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000, promulgou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, que passou a vigorar no Brasil a partir da sua publicação.

O art. 4.º, por sua vez, delimita a aplicação da Convenção:

Art. 4.º A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. Aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos (BRASIL, 2000, *online*).

A violação do direito de guarda ou de visita se consubstancia na transferência ou retenção indevida (porque ambos os genitores têm o direito de zelo pelo(a) filho(a)) da criança em local diverso da sua residência habitual (leia-se: sua última residência) sem a anuência de um dos genitores ou do Poder Judiciário competente, que é aquele da residência habitual da criança imediatamente antes do “sequestro”. Não colide, essa passagem, com o disposto no art. 7º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

“Art. 7º - A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Foi aplicado pela Convenção, tão somente, um critério menos rígido (residência e não domicílio).

Vê-se, por conseguinte, que para a aplicação da convenção, deve-se observar em que soberania era estabelecida a residência original da criança, ou seja, antes do sequestro ou subtração da criança. Se ela residia num país signatário da Convenção, esta deverá ser aplicada. Note-se, portanto, que a nacionalidade da criança é irrelevante como critério para aplicação da Convenção. O critério único a ser utilizado é a sua última residência. Não é raro, no entanto, que os juízes sejam levados (equivocadamente) a considerar a nacionalidade da criança como condição para a aplicação da Convenção. O texto legal é claro quanto ao critério de avaliação.

Outro fator que também merece ser destacado quando da aplicação da Convenção é o fato de que a criança não pode ter atingido a idade de 16 anos ao tempo da ordem de retorno. De outra forma, ou seja, atingida a idade de 16 anos, cessa-se a sua aplicação.

Não é demais salientar que o “sequestro” da criança, nesse contexto, é um ilícito de natureza unicamente civil e, por conseguinte, não gera qualquer repercussão no âmbito penal. Criminalizar a conduta representaria um incentivo à fuga e refúgio do sequestrador em outra soberania.

Diferentemente da Convenção de Haia, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprovada em 1994 no México, previne e pune os crimes (portanto, uma natureza penal) que visam subtrair ou reter indevidamente do menor da proteção dos seus guardiões legais para fins de exploração. É interessante ressaltar também que a proteção do menor é estendida para aqueles que tenham até 18 anos de idade.

Competência

Em suma, para se pleitear a tutela jurisdicional específica de repatriamento da criança, o genitor interessado pode denunciar o “sequestro” à autoridade central do país onde está domiciliado e esta acionará a autoridade central do país para onde a criança foi transferida ou retida ilicitamente, que, por sua vez, deverá ingressar em juízo com a competente Ação Judicial de Busca e a Apreensão da criança a fim de repatriá-la e devolvê-la ao seu genitor o quanto antes.

Outra maneira de se atingir o mesmo resultado seria ingressar diretamente no juízo competente do país onde a criança se encontra indevidamente retida, requerendo

a sua busca e apreensão e conseqüente repatriamento. Urge observar que o genitor não pleiteará em juízo a guarda da criança, mas apenas o seu repatriamento para que a guarda seja discutida perante o juízo competente, qual seja, aquele do local da residência habitual da criança.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PROPOSTA NA JUSTIÇA FEDERAL COM BASE NA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PROPOSTA NA JUSTIÇA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE DECISÕES CONFLITANTES. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. HIPÓTESE DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA.

1. Na ação de busca e apreensão em curso na Justiça Federal, cinge-se o julgador ao exame da ocorrência de transferência e retenção ilícitas de criança e de eventual motivo para a recusa da restituição.
2. A decisão sobre o fundo do direito de guarda e visitação é do juiz de família.
3. A cooperação internacional estabelecida pela Convenção de Haia tem por escopo repor à criança seu *status quo*, preservando o juiz natural, assim entendido o juiz do local de sua residência habitual, para decidir sobre a guarda e regulamentação de visitas.
4. Inexiste conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda e regulamentação de visitas, senão, apenas, prejudicialidade externa, a recomendar a suspensão desta última.
5. Conflito de competência não conhecido. (BRASIL, 2015, *online*).

Esse também é o entendimento consubstanciado no Informativo Legislativo do STJ nº 559:

No caso em que criança tenha sido supostamente retida ilicitamente no Brasil por sua genitora, não haverá conflito de competência entre (a) o juízo federal no qual tramite ação tão somente de busca e apreensão da criança ajuizada pelo genitor com fundamento na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e (b) o juízo estadual de vara de família que aprecie ação, ajuizada pela genitora, na qual se discuta o fundo do direito de guarda e a regulamentação de visitas à criança; verificando-se apenas prejudicialidade externa à ação ajuizada na Justiça Estadual, a recomendar a suspensão deste processo até a solução final da demanda ajuizada na Justiça Federal (BRASIL, 2005, *online*).

Assim como os artigos 16 (*verbis*) 17 e 19 da Convenção, no Informativo nº 559/STJ a intenção é preservar “o foro do país de sua residência habitual como o competente

para julgar pedido de guarda, por configurar o juízo natural onde se pressupõe sejam melhor discutidas as questões a ela referentes e mais fácil a colheita de provas (art. 1º)” (BRASIL, 2005, *online*).

Art. 16. Depois de terem sido informadas da transferência ilícita ou da retenção de uma criança no contexto do Artigo 3.º, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para regresso da criança, ou sem que tiver decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento em aplicação do prescrito pela presente Convenção (BRASIL, 2000, *online*).

No Brasil, o supracitado artigo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve que a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre os direitos de família. Logo, a Justiça brasileira é incompetente para decidir sobre a guarda da criança que tiver domicílio em outro país. O art. 19 da Convenção preconiza: “Qualquer decisão sobre o regresso da criança, tomada ao abrigo da presente Convenção, não afecta os fundamentos do direito de custódia” (BRASIL, 2000, *online*).

Em território brasileiro, a competência para processar e julgar a presente Ação de Busca e Apreensão da menor é da Justiça Federal, uma vez que, ainda que interposta pelo próprio particular, há o interesse da União em dar efetividade ao cumprimento da Convenção no Brasil, adimplindo os seus compromissos no plano internacional. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 954.877/SC, Rel. Ministro José Delgado e Rel. para Acórdão do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJe em 18/09/2008.

Corroborando com esse entendimento, o art. 109, inciso III da Constituição Federal de 1988 estabelece que os juízes federais são competentes para processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Dessa forma, o Poder Judiciário brasileiro cinge-se a decidir acerca do retorno da criança para o seu país de origem por meio da Ação de Busca e Apreensão, que deve ser interposta perante a Justiça Federal.

Da restituição da criança e a urgência da concessão da medida

Como já demonstrado, o art. 1.º, alínea “a” da Convenção em questão tem como um de seus objetivos precípuos assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente. O art. 3.º, por seu turno, estabelece em que situações a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita, senão vejamos:

Art. 3.º. 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 a sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou retenção; e
- b) este 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 (BRASIL, 2000, *online*).

Tem-se, então, que o “sequestro” ou subtração da criança é ilícito quando um genitor viola unilateralmente o direito de guarda do outro, transferindo ou retendo o filho comum em país diverso daquele em que este tinha domicílio. Nesse sentido:

É exatamente para evitar os malefícios da retirada de crianças de sua residência habitual – pois isso implica em afastar a criança do seu local de convivência, de sua escola, de seus amigos e parentes, e levá-la para uma terra estrangeira, onde muitas vezes não praticamente vínculos afetivos que não seja com o sequestrador familiar – que a ideia central resume-se da seguinte forma: uma vez caracterizada a remoção ilícita da criança de seu país de residência oficial ou mesmo que se trate de deslocamento lícito, mas, após a chegada ao país de destino, a criança venha a ser retida, em ambos os casos está caracterizada a retenção ilícita, urgindo a imediata devolução da criança ao país de residência habitual (Maurique, 2009, p. 25).

Uma vez caracterizada a transferência ou a retenção ilícita da criança, portanto, cabe ao Poder Judiciário do país onde ela se encontra ordenar o seu imediato retorno para o seu país de origem, onde mantinha domicílio. O que se busca com esta medida é única e exclusivamente o bem-estar da criança, abruptamente afastada do seu “habitat” e do convívio com o outro genitor, familiares e amigos.

O art. 2.º da Convenção impõe aos Estados Contratantes o dever de “tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência” (Brasil, 2000, *online*).

O art. 11 vai mais além e estabelece prazo de seis semanas para a que a autoridade judicial ou administrativa tome a decisão que lhe couber, consoante se extrai da sua redação adiante transcrita:

Art. 11. As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança.

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

Em suma, a Ação de Busca e Apreensão da criança assume o caráter de medida cautelar inominada que prescinde de Ação Principal, visto que satisfativa, e deve tramitar em regime de urgência.

Ressalte, de outro turno, que qualquer pessoa, instituição ou organismo poderá ajuizar diretamente a Ação de Busca e Apreensão da criança perante o Poder Judiciário competente, consoante autoriza o art. 29 da Convenção, de sorte que o genitor ou qualquer pessoa, física ou jurídica, não ficará adstrito à ação das Autoridades Centrais dos países contratantes.

Exceções impeditivas do retorno da criança

Os artigos 12 e 13, ambos da Convenção, tratam das exceções que podem ser aplicadas para que o retorno da criança ao seu país de origem não se consolide. Transcrevemos, portanto, tais dispositivos convencionais dada a sua importância:

Art. 12. Quando uma criança tiver ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo depois de expirado

o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada o seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido de para o retorno da criança.

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

a) que a pessoa, instituição ou o organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou da 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 ordem o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tal que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança (Brasil, 2000, *online*).

O art. 12 da Convenção é taxativo ao impor limitação temporal para preservar o direito da vítima de uma eventual demora da prestação jurisdicional, como também para coibir a inércia das autoridades e das partes com vistas ao princípio da segurança jurídica, fundamental para o estabelecimento da ordem em todos os sentidos.

Além disso, deste mesmo dispositivo legal extrai-se uma situação de exceção que poderia obstar o retorno da criança, qual seja: “quando for provado que a criança já se encontra integrada o seu novo meio”. Todavia, impende observar que a integração da criança ao novo meio se dará (ou não) paulatinamente, razão pela qual foi fixado o prazo máximo de 1 ano para que se efetive o retorno da criança ao seu lar original. Isso porque depois deste interregno fora da sua residência habitual, é natural que criança tenda a se integrar ao novo meio, ainda que não lhe seja melhor, mas o único que está ao seu alcance.

Mais ainda, o genitor infrator pode impedir o outro de manter qualquer tipo de contato com a criança, valendo-se da distância geográfica e demais condições específicas de cada caso para praticar alienação parental, por exemplo, que por sua vez é terminantemente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e também pela jurisprudência pátria.

Sobre esse assunto, para coibir a prática de alienação parental, foi promulgada no Brasil a Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, que trata especificamente deste tema, estabelece, os artigos. 2º e 3º que:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (Brasil, 2010, *online*).

Destarte, a aplicação a tal exceção deve ser precedida de criteriosa avaliação por parte da autoridade judiciária e/ou administrativa, que deve agir com a celeridade

necessária, sempre em regime de urgência a fim de evitar a integração totalmente ilícita da criança ao novo meio. Do contrário, emprestar-se-ia licitude a uma situação totalmente ilegal e em flagrante afronta ao princípio da segurança jurídica, o que acabaria por incentivar esta malsinada prática.

Voltando na análise sobre as situações impeditivas do retorno da criança, no que diz respeito à primeira exceção preconizada no art. 13, verifica-se que não haverá ilícito a ensejar o retorno da criança quando o genitor que a transferiu ou a reteve em país diverso do seu domicílio detinha o direito de guarda à época da transferência ou retenção, ou ainda quando o outro genitor concordar ou consentir posteriormente a transferência ou retenção.

Outra possibilidade impeditiva do repatriamento da criança é a existência de grave risco de ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou ficar numa situação de qualquer forma intolerável quando do seu retorno. Também para a aplicação desta exceção, as autoridades administrativas e judiciais devem valer-se de muita cautela ao aferir a existência deste risco, uma vez que normalmente a parte infratora utiliza-se deste argumento para tentar justificar a prática do ilícito, sem, no entanto, apresentar qualquer tipo de prova, mesmo porque tais provas foram produzidas no país de origem.

Para a aferição da existência deste risco, portanto, as autoridades administrativas e judiciais deverão colher informações relativas à situação social da criança a serem fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança. Somente de posse de tais informações oficiais, a autoridade competente poderá averiguar, com o mínimo de segurança, a existência de grave risco a integridade física ou psíquica da criança.

Por derradeiro, o repatriamento da criança também poderá ser negado quando esta se opor diretamente a ele, desde que já tenha atingido idade e grau de maturidade suficientes, a permitir que as suas opiniões sejam consideradas para a decisão das autoridades administrativas e judiciais do Estado contratante em que se encontra. Ora, essa alternativa é por demais incerta. Tendo em vista que a Convenção só se aplica a crianças que ainda não tenham completado a idade de 16 anos, em outras palavras, completamente inimputáveis, indaga-se: que tipo de maturidade está se falando? É razoável se pensar que a opinião da criança deverá ser levada em consideração, mas também se deve considerar o fato de que esta poderá ter sido vítima de alienação parental e sua opinião, portanto, estaria completamente enviesada.

De toda forma, para aplicação de qualquer destas exceções, também são de grande valia as decisões administrativas e judiciais emanadas do Estado de residência

habitual da criança, que poderão ser consideradas pelas autoridades do Estado em que a criança se encontra ilicitamente para as suas decisões, conforme autoriza o art. 14 da Convenção.

No Brasil, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça aplicou as exceções contidas nos artigos 12 e 13 da Convenção de Haia, negando, assim, o retorno das crianças sequestradas em um determinado caso concreto, senão vejamos:

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. DOIS IRMÃOS MENORES ALEGADAMENTE RETIDOS DE MODO INDEVIDO PELA MÃE NO BRASIL. PRIMOGÊNITO QUE JÁ COMPLETOU 16 ANOS. NÃO INCIDÊNCIA DA CONVENÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO IRMÃO MENOR QUE CONTESTA SEU RETORNO PARA O DOMICÍLIO ESTRANGEIRO PATERNO. OPINIÃO DEVIDAMENTE CONSIDERADA NOS TERMOS DOS ARTS. 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA E 12 DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DOS MENORES NO BRASIL. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Ainda que comprovada a conduta da genitora em reter indevidamente seus dois filhos menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Argentina, onde residia o pai das crianças (circunstância rejeitada pelo acórdão recorrido), mesmo assim e em situações excepcionálissimas, nos termos da Convenção de Haia e no propósito de se preservar o superior interesse dos menores, possível será o indeferimento do pedido de imediato retorno dos infantes.

2. No caso concreto, tal como avaliado pela Corte regional de origem, com base em idôneo acervo probatório, os menores já se encontravam adaptados ao novo meio, contexto confirmado, posteriormente, em audiência de tentativa conciliatória realizada neste STJ, ocasião em que os infantes manifestaram o desejo de não regressar para o domicílio estrangeiro paterno. Filho mais velho que, tendo completado 16 anos, não mais se submete à Convenção de Haia, nos termos de seu art. 4º.

3. Nos termos do art. 13 da Convenção de Haia e do art. 12 da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, deve-se levar em conta a manifestação da criança que revele maturidade capaz de compreender a controvérsia resultante da desinteligência de seus pais sobre questões de seu interesse.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido.
Recurso especial da União conhecido e desprovido (Brasil, 2015, *online*).

Impende observar, no entanto, que neste acórdão em específico, a Corte Especial reconheceu a excepcionalidade da decisão, como também atentou para a prevalência do superior interesse do menor, em respeito à própria Convenção e à atual legislação em vigor no Brasil. Na doutrina, da mesma forma, predomina o entendimento de que tais exceções devem ser interpretadas restritivamente pelos Tribunais, conforme entendimento de Jacob Dolinger (2013, p. 258-259), *verbis*:

Durante a reunião da Comissão Especial da Conferência de DIP da Haia, de 1993, Adayr Dyer, à época primeiro-secretário da Conferência que acompanhou de perto a evolução da Convenção sobre Sequestro, bem como de outras convenções, a partir da fase preparatória e, depois, na sua implementação pelos tribunais, declarou que a aplicação do artigo 13 contraria o objetivo da Convenção de devolver a criança e, por isto, as exceções contidas neste dispositivo deveriam ser utilizadas cuidadosamente e certamente sem excessos.

Aliás, as informações prestadas pelos participantes da reunião revelaram que as exceções fixadas no artigo 13 são interpretadas pelos tribunais restritivamente, daí poucas vezes uma defesa nelas baseada é bem-sucedida⁶¹. Todas as hipóteses levantadas durante o debate sobre os perigos que podem advir, em certos casos, da devolução da criança, receberam a mesma resposta: caberá à jurisdição da origem da criança decidir sobre o paradeiro a ser dado à mesma, a fim de protegê-la de quaisquer perigos, o que pode, aliás, ser sugerido pelo Estado devolvente ao Estado devolvido.

(...)

A manifestação da vontade da criança contra o regresso ao país donde foi deslocada é um aspecto ao mesmo tempo interessante e tormentoso. Interessante porque exige do tribunal e dos profissionais que eventualmente os assessoram um profundo discernimento para avaliar a maturidade da criança e captar se ela está realmente revelando sua própria vontade, e tormentoso porque envolve a criança diretamente no litígio entre os pais, agravando mais ainda o acirramento dos ânimos, levando-os, muitas vezes, a explorar de maneira covarde o sentimento e a insegurança de seu filho, para satisfazer suas próprias necessidades, nos melhores casos; para atender a seus caprichos, em muitos casos, e para se vingar da outra parte, nos casos mais dolorosos.

O importante, portanto, é que tais exceções sejam avaliadas e eventualmente aplicadas com muita prudência, como verdadeira exceção à regra imperativa de que a criança subtraída ilicitamente deverá ser repatriada para o seu país de origem, onde deverão ser tratadas as questões inerentes ao direito de guarda e de visitas.

Conclusão

Diante do exposto, infere-se que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é um eficaz instrumento legal para o combate à prática da subtração indevida de crianças da sua residência habitual. Contudo, há pontos controvertidos que ainda precisam ser discutidos com vistas à uniformidade da sua aplicação em todos os Estados signatários. Atualmente, as maiores controvérsias giram em torno das exceções à obrigatoriedade do retorno da criança subtraída ilicitamente para a sua residência original, dentre elas a sua integração ao novo meio. No Brasil, a matéria chegou aos Tribunais mais recentemente, mas as exceções têm sido aplicadas comedido.

De todo caso, ao final, deve-se prevalecer o interesse da criança, que, de uma maneira geral, é permanecer na sua residência original, onde já havia formado vínculos e raízes, e também já estava habituada com aspectos culturais, tais como a língua, cultura, clima etc.

Ademais, o Juízo competente para decidir sobre a guarda da criança é exatamente aquele do seu domicílio habitual, único capaz de reunir as provas e condições em que a criança vive para, assim, decidir de acordo com os seus interesses. A retirada abrupta de uma criança de seu *habitat* é medida extremamente dolorosa e prejudicial, por conseguinte, deve ser fortemente combatida por todos os Estados, que devem adotar todas as medidas necessárias internamente para proceder ao imediato repatriamento da criança, e, no seu país, será decidido o seu destino pelo Poder Judiciário local, competente.

Obviamente, existem exceções, que devem ser tratadas como tais e aplicadas muito criteriosamente, com as restrições e cuidados pertinentes. Caso contrário, podem servir de estímulo para esta prática funesta.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 954.877/SC. Rel. Ministro José Delgado e Rel. para Acórdão do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJe em 18/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 132100/BA, Segunda Seção, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25 de fevereiro de 2015 e publicado no DJe em 14 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1214408/RJ, Primeira Turma, Relator: Min. SERGIO KUKINA, publicado no DJe em 05 agosto de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235896861/recurso-especial-resp-1214408-rj-2010-0168011-0/inteiro-teor-235896899?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 12.318, de 26 de Agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 28 jan. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 3.413, de 14 de Abril de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 559. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2715311%27>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAURIQUE, Jorge Antonio. Anotações sobre a Convenção de Haia. **Revista Doutrina TRF4**, n.º 28, 15 nov. 200. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/jorge_maurique.html>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Recebido em 18/02/2018

Aprovado em 14/05/2018