

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

KLÉBERT RENÉE MACHADO GONÇALVES

ESTRATÉGIAS JURÍDICAS PREVENTIVAS CONTRA O SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO BRASIL

BRASÍLIA

2016

KLÉBERT RENÉE MACHADO GONÇALVES

ESTRATÉGIAS JURÍDICAS PREVENTIVAS CONTRA O SEQUESTRO
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO BRASIL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB)
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof^ª. Dr^ª. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

BRASÍLIA

2016

Klébert Renée Machado Gonçalves

Estratégias jurídicas preventivas contra o sequestro internacional de crianças no Brasil

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília, DF, 7 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Orientadora

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves
Membro da Banca

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes
Membro da Banca

RESUMO

O Sequestro Internacional de Crianças é um fenômeno social complexo, com origem nas relações familiares, com repercussão não só jurídica, mas impacto também sobre a política e a diplomacia entre os países envolvidos. Fruto da negociação entre os países, foi celebrada a Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, com o objetivo principal de retornar as crianças para o seu país de residência habitual. No Brasil, o retorno só pode ser implementado por meio de decisão judicial, ou acordo voluntário entre as partes. O estudo abordou os aspectos processuais do pedido judicial de retorno, como a legitimidade das partes e a competência de cada tribunal. Ademais, foram propostas algumas medidas práticas para desestimular, evitar ou agilizar a resolução de casos de transferência ou retenção ilícita de criança no Brasil, considerando o grau de complexidade característico desses processos. Apesar de promissoras, as medidas propostas não são capazes por si de superar os aspectos culturais e operacionais de um problema estrutural da justiça que dificulta a pronta restituição das crianças.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Direito Processual Civil Internacional; Sequestro Internacional de Crianças; Convenção de Haia.

ABSTRACT

International Child Abduction is a complex social phenomenon. It is rooted in family relations, with not only legal consequences, but also with impact on politics and diplomacy between the countries involved. After a thorough negotiation process, various countries signed The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, whose main object is to return the children to their country of habitual residence. In Brazil, the child's return is secured either by court judgment or through voluntary agreement between the parties. This study addresses the procedural aspects of the return judicial proceeding, such as the standing to sue, and the jurisdiction of each national court. Moreover, it proposes various practical actions intended to discourage and prevent wrongful removal or retention of children, and to accelerate the solution of such cases in Brazil, considering the appropriate level of complexity. The proposed actions alone, although promising in principle, are not able to overcome the cultural and operational nuances of a structural problem faced by the judiciary that hinders the prompt return of children.

Key Words: Private International Law; International Civil Procedural Law; International Child Abduction; Hague Convention.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1 Convenção de Haia	5
1.1 Histórico	5
1.2 Objetivos.....	5
1.3 Visão Geral	6
1.4 O Brasil na Convenção	8
2 Processo de Retorno.....	9
2.1 Direito Internacional Privado	10
2.2 Competência	12
2.2.1 Competência Internacional	14
2.2.2 Justiça Estadual.....	16
2.2.3 Justiça Federal	16
2.2.4 Tribunais Superiores.....	17
2.2.5 Processos Nacionais	19
2.3 Legitimidade e Interesse Das Partes	23
2.4 Questões Gerais Acerca Dos Conceitos Empregados Na Convenção.....	27
2.5 Argumentação e Convencimento a Favor do Retorno.....	32
3 Medidas Preventivas	35
3.1 Antes da Retenção	35
3.1.1 Acordo de Regulamentação de Guarda	35
3.1.2 Consignar o Propósito da Viagem em Autorização.....	36
3.1.3 Medidas Restritivas	37
3.2 Depois da Retenção	38
3.2.1 Ação Administrativa, Diplomática e Jurídica.....	38
3.2.2 Ação Jurídica Direta	39
3.2.3 Ação Por Conciliação	42
4 Conclusão.....	43
5 Referências.....	48

Introdução

Os processos envolvendo questões de direito internacional privado, no geral, apresentam particularidades que o tornam mais complexos do que um processo qualquer. Entre suas peculiaridades, podemos destacar a diversidade cultural das partes, que por si dificulta a autocomposição; a multiplicidade de ordens jurídicas, por vezes com tratamento diverso da questão sob litígio; a diferença de domicílios que dificulta os atos processuais de citação, intimação, penhora e execução; o custo suportado pela parte estrangeira para acompanhar o processo, envolvendo viagens internacionais, hospedagem, ligações; o baixo conhecimento de direito internacional por parte dos operadores do direito, que resulta em instruções inadequadas por parte dos advogados e decisões judiciais desalinhados aos compromissos assumidos pelo estado brasileiro por meio dos tratados e convenções internacionais.

O fato de envolver sequestro internacional de crianças, ou de disputa internacional de guarda de crianças, por sua vez, traz desafios ainda maiores, como a repercussão que extrapola as partes, alcançando de modo decisivo também a vida de crianças vulneráveis; processo envolvendo partes em processo de separação conjugal, permitindo presumir uma maior dificuldade de acordo, os custos processuais devem ser suportados com recursos da família, por vezes já comprometidos no processo de separação e de mudanças enfrentadas pelas partes.

Não por acaso, depois de longo processo de negociação, diversos estados soberanos decidiram celebrar um tratado internacional para regular a matéria. Na prática, quiseram esses países assumir um compromisso internacional para desestimular, evitar ou agilizar a resolução de casos de sequestro internacional de crianças. Alcançaram um grau de entendimento mútuo de que a matéria merece uma atenção especial que extrapola o tratamento casual que as autoridades podem dispensar caso a caso.

Daí nasceu a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, envolvendo hoje 95 estados¹, estabelecendo mecanismos cíveis para a resolução de casos de sequestro internacional de crianças.

¹ Número atualizado em 27/7/2016, de acordo com a página da Conferência de Haia na Internet. Disponível em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Acesso em 3/12/2016.

Antes de adentrar ao objeto do estudo, uma breve nota acerca da nomenclatura. O texto prestigiou os termos utilizados no Decreto Legislativo n. 79, de 15 de setembro de 1999, e no Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000, que respectivamente aprovou e promulgou a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças – a partir deste ponto denominada simplesmente a Convenção. Como nesses diplomas, o estudo empregou o termo sequestro, e não subtração (como preferem alguns autores brasileiros que escrevem sobre o tema), sem ignorar a possível confusão que esse termo pode trazer, uma vez que os elementos fáticos e subjetivos do sequestro internacional de crianças não se amoldam ao tipo penal do sequestro previsto no art. 148 do Código Penal brasileiro – CP². Mas na maior parte das ocorrências, o texto privilegia a técnica de redação da Convenção e utiliza os termos transferência e retenção ilícita, e não sequestro. Para fazer referência às pessoas diretamente envolvidas nos casos de transferência ou retenção ilícita, foram utilizados os seguintes termos: a criança, como a pessoa transferida ou retida ilicitamente fora do seu país de residência habitual; o cônjuge ou genitor nacional, chamado na literatura estrangeira de *taking parent*, para designar a pessoa que promoveu a transferência ou retenção ilícita (mesmo cientes de que pode haver transferência da criança para um país diferente do da nacionalidade da pessoa, e também pode ser promovida por pessoa diferente da mãe ou do pai); e cônjuge ou genitor estrangeiro, chamado de *left-behind parent*, para designar a pessoa que detém direitos de guarda ou de visitação no país de residência habitual, e por isso tem direito de reclamar o retorno da criança (mesmo também cientes de que o detentor do direito de guarda no exterior pode ser uma instituição, ou pode ser um avô, um tio, ou até pessoa sem parentesco biológico com a criança).

O restante desta introdução abordará o problema jurídico, o objetivo, a justificativa e o marco teórico em que se baseou o estudo. No capítulo 1, os conceitos mais importantes da matéria serão detalhados, com uma visão geral sobre a Convenção. Em seguida, o capítulo 2 apresenta o processo de retorno da criança. Logo, o capítulo 3 traz as medidas que visam a desestimular, evitar ou agilizar a resolução de sequestros de crianças no Brasil. Por fim, as conclusões do trabalho, um breve comentário sobre as dificuldades enfrentadas e as sugestões para futuros trabalhos fecha o estudo no Capítulo 4.

² Art. 148 do CP: "Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos.

O problema levantado para este trabalho foi sintetizado na forma de uma pergunta. Existem medidas jurídicas capazes de desestimular, evitar ou agilizar a resolução de casos de transferência ou retenção ilícita no Brasil de criança com residência habitual no exterior?

Num esforço para formular uma resposta compatível com o grau de complexidade do problema, o estudo tem por objetivo delinear medidas preventivas, de cunho jurídico, capazes de desestimular, evitar ou agilizar a resolução de casos de transferência ou retenção ilícita de criança no Brasil.

A relevância do tema é suficiente para justificar o estudo. O sequestro internacional de crianças se tornou um problema global cada vez mais relevante a partir da década de 70, devido ao aumento de interações entre indivíduos de diferentes países atribuído ao advento de novas tecnologias e formas de comunicação, à relativa facilidade de viagem pelo mundo e a globalização comercial³.

Marco Teórico

A vocação do direito processual é solucionar conflitos já instaurados que as partes não foram capazes de resolver por conta própria⁴. Como alternativa ao exercício de autotutela, as partes recorrem ao estado-juiz para obter uma prestação jurisdicional capaz de dirimir o conflito. Nesse contexto, o processo judicial é um método de exercício de jurisdição⁵.

Não são muitos os estudos jurídicos que abordam o aspecto preventivo do direito, especialmente do direito processual. Existe vasto corpo doutrinário acerca do efeito preventivo da aplicação do direito penal, como meio para prevenir a prática de crimes; em menor grau no direito constitucional e administrativo, no campo da restrição das liberdades individuais por meio do poder de polícia.

³ CUNHA, Elizabeth. The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases. 24 Conn. J. Int'l L. 155, 156-157, 2008.

⁴ Não se ignora o fato de que a jurisdição estatal também se presta a julgar matérias indisponíveis para transação entre as partes, sendo impedidas pelo direito de resolverem de forma independente

⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil 1. 18ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

Miranda Rosa⁶ define como direito de censura a prevenção de "males sociais que as leis procuram evitar". Para esse autor, o direito de censura é uma espécie de exercício do poder de polícia do estado, previsto no âmbito do direito constitucional e administrativo.

Neste estudo, a prevenção do conflito será descrita como sinônimo de segurança jurídica das normas. O princípio da segurança jurídica exige que as normas de um sistema jurídico sejam claras e alcancem o maior grau possível de observância. Para isso, Robert Alexy descreve um aspecto factual, sociológico da norma, baseado na autoridade para a sua elaboração e na sua eficácia social.⁷

A partir desse marco teórico delineado por Robert Alexy, a Convenção passa a ser analisada sob três aspectos: a) autoridade para elaboração; b) clareza dos seus termos; c) eficácia social da norma no Brasil. Os dois primeiros aspectos serão abordados conjuntamente nos próximos capítulos, de forma contextualizada. A eficácia social, devido à abrangência do tema, servirá apenas como baliza para os comentários apresentados no capítulo de conclusão do trabalho.

⁶ MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. *Sociologia do Direito: O Fenômeno Jurídico Como Fato Social*. 17. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

⁷ ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. *Ratio Juris*, Vol. 23, No. 2 167-82, 2010.

1 Convenção de Haia

1.1 Histórico

A Convenção de Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia em 25 de outubro de 1980 no âmbito da HCCH (Convenção de Haia Sobre Direito Internacional Privado), uma organização mundial para cooperação internacional em matéria civil e comercial⁸.

Atualmente, são 95 os países parte da Convenção, de todos os continentes, por ratificação (ex. EUA, Reino Unido, Japão), adesão (ex. Brasil), sucessão (ex. Sérvia) ou continuidade (ex. China). Não há registro de denúncia do tratado desde a sua conclusão⁹. Essa abrangência, incluindo os principais países com quem o Brasil mantém relações comerciais e diplomáticas, confere legitimidade à Convenção para disciplinar a matéria. Com isso, fica superada a primeira etapa proposta no marco teórico do estudo.

Em Portugal¹⁰, recebe o nome de "Convenção da Haia", com artigo definido "a". O Brasil optou pela redação "Convenção de Haia", apenas com a preposição, como se nota no texto do Decreto n. 3.413/2000, que promulgou a Convenção e, assim, conferiu-lhe eficácia interna no país.

1.2 Objetivos

A Convenção foi adotada pois os países reconheceram "a importância preponderante" dos interesses da criança sequestrada nas matérias de guarda. Ademais, ela reconheceu a importância de proteger os direitos de guarda e de visita dos pais que foram deixados para trás. O principal objetivo da Convenção não é resolver as questões relativas à guarda, mas trazer mecanismos civis por meio dos quais os pais interessados, cujos direitos de guarda e de visitação foram desrespeitados, possam "assegurar a pronta restituição da criança removida ou retida ilícitamente em qualquer País Contratante". Essa é uma diferença importante, reiterada

⁸ HCCH. The Hague Conference on Private International Law. Disponível em: <<http://www.hcch.net>>. Acesso em 4/12/2016.

⁹ HCCH. Status Table. 28: Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em 4/12/2016.

¹⁰ GDDC. Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal. Cooperação Internacional. Conferência da Haia. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/chdip/dg-n-33-83.html>>. Acesso em 4/12/2016.

ao longo de todo o texto da Convenção. Em vez de exigir ou autorizar que os países avaliem o mérito da guarda (isto é, avaliar o melhor interesse da criança), a Convenção exige que os países atuem do modo mais ágil possível para restituir a criança ao seu país de residência habitual. Dessa forma, a Convenção protege não só os direitos da criança, mas também os dos pais vitimados pela transferência ou retenção ilícita.¹¹

Na prática, fica definido em âmbito internacional que a jurisdição para decidir sobre guarda de crianças é dos tribunais do país de residência habitual da criança. Com a repatriação, busca-se restituir o *status quo* existente antes da transferência ou retenção ilícita, oferecendo a oportunidade para que a matéria da guarda seja resolvida de forma apropriada pelos tribunais do país de residência habitual da criança.

1.3 Visão Geral

A Convenção possui um texto sucinto, dividido em seis capítulos: âmbito da Convenção, autoridades centrais, retorno da criança, direito de visita, disposições gerais, cláusulas finais.

No Âmbito da Convenção¹², o texto apresenta os objetivos e estabelece os conceitos mais relevantes para a sua aplicação, como o de ilicitude, direito de guarda. Merece destaque o caráter prioritário que a Convenção confere aos processos de retorno de crianças. O artigo 2 estabelece que os estados contratantes "deverão recorrer a procedimentos de urgência" para assegurar o retorno imediato das crianças para o país de sua residência habitual.

As Autoridades Centrais¹³ são órgãos indicados pelos países para atuarem como ponto de referência para lidar com as questões relacionadas à Convenção em seus respectivos países. Diz no artigo 6 que cabe à autoridade central dar cumprimento às obrigações que lhe são

¹¹ BANNON, Caitlin M. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: The Need for Mechanisms to Address Noncompliance. 31 B.C. Third World L.J. 129, 2011. pp. 138-139.

¹² Capítulo I da Convenção.

¹³ Capítulo II da Convenção.

impostas pela presente Convenção. Retomaremos este tema no próximo capítulo para falar da autoridade central nomeada pelo Brasil.

O Retorno da Criança¹⁴ representa o núcleo jurídico-operacional da Convenção. Começa, no artigo 8, com os requisitos dos pedidos de retorno. Logo, trata da tramitação do pedido entre autoridades centrais, com prazo de 6 semanas para apresentação de resposta da autoridade judicial ou administrativa, valendo-se de "medidas de urgência com vistas ao retorno da criança", nos artigos 9 a 11. O artigo 12 fixa um marco temporal importante, de doze meses, para que seja iniciado o processo solicitando o retorno da criança. O artigo 13 trata das exceções à regra geral de retorno imediato da criança. Seguem alguns aspectos processuais, do artigo 14 ao 19. Por fim, o artigo 20 apresenta a exceção de retorno baseada na proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

O Direito de Visita¹⁵, com apenas um artigo, esclarece apenas que a Convenção serve de fundamento não só para pedidos de retorno da criança, mas também para regular o direito de visita de pais estrangeiros enquanto aguardam o deslinde do processo de retorno definitivo da criança para o país de residência habitual. Objetiva-se a promoção do exercício pacífico do direito de visita, sem se olvidar das "condições indispensáveis ao exercício deste direito".

As Disposições Gerais¹⁶ abordam aspectos burocráticos, administrativos e processuais dos pedidos, como a dispensa de caução, dispensa de formalidades como a legalização de documentos (que pode levar bastante tempo para ser obtida). O artigo 24 trata do idioma para a instrução dos pedidos de retorno. Como regra, os documentos relativos ao pedido de retorno devem ser acompanhados de tradução na língua oficial do estado requerido. Prevê que também devem ser aceitas traduções para o francês ou para o inglês, "quando tal tradução for dificilmente realizável". O Brasil apresentou uma ressalva quanto a este artigo, dizendo que admitirá pedidos, comunicações e outros documentos somente em língua portuguesa.

¹⁴ Capítulo III da Convenção.

¹⁵ Capítulo IV da Convenção.

¹⁶ Capítulo V da Convenção.

As Cláusulas Finais¹⁷ disciplinam o processo de ratificação e adesão de novos países. Estabelece como país depositário da Convenção o Reino dos Países Baixos. Trata também, no artigo 42, das duas únicas ressalvas admitidas, uma em relação ao idioma dos documentos apresentados, outra em relação ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios.

1.4 O Brasil na Convenção

No Brasil, a Convenção foi aprovada por Decreto Legislativo em 15 setembro de 1999, com vigor a partir de 1º de janeiro de 2000. A Convenção foi promulgada por meio do Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000¹⁸. O país foi citado em todos os relatórios do Departamento de Estado dos Estados Unidos desde 2006, primeiro ano em que houve dados completos disponíveis sobre o Brasil, demonstrando um padrão de descumprimento ou de cumprimento apenas parcial da Convenção¹⁹.

A autoridade central do Brasil é a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SDH), que compõe a estrutura administrativa da Presidência da República. Cabe à SDH dar cumprimento às obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da Convenção.²⁰

Além de pessoal especializado para receber e acompanhar pedidos de retorno de crianças apresentados por cônjuges estrangeiros, e também para enviar e acompanhar pedidos de retorno de pais brasileiros que tiveram seus filhos transferidos ou retidos ilicitamente no exterior.

¹⁷ Capítulo VI da Convenção.

¹⁸ BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.

¹⁹ SHULMAN, Paula. Brazil's Legacy of International Parent Child Abduction: Mediation Under the Hague Abduction Convention as a Solution. *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (Vol. 16:237), 2014, pp. 239-240.

²⁰ Artigo 6 da Convenção: "Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção."

2 Processo de Retorno

O objeto do processo de retorno está circunscrito à determinação de retorno da criança para o seu local de residência habitual – no caso de processos desse tipo iniciados no Brasil, busca-se exclusivamente o retorno da criança para o país onde ela vivia antes de ser transferida para o Brasil ou aqui retida ilícitamente. É uma tecnologia jurídica utilizada para desfazer ato ilícito praticado geralmente por um dos genitores da criança, a partir de um exercício reprovável de autotutela para extrair a criança do seu local de residência habitual.

Ocorre ao largo da discussão sobre o retorno, existe um elemento da maior relevância, que é a disputa pela guarda da criança. Muito embora a Convenção seja explícita em reservar a discussão da guarda para momento posterior ao retorno, em boa parte dos casos, determinar o retorno da criança significa, logo da implementação da medida, consumir a guarda unilateral de fato do cônjuge estrangeiro. Isso porque, como o cônjuge nacional vive no Brasil, seria difícil ou inviável o exercício de qualquer modalidade de guarda compartilhada da criança.

Ademais, a situação é agravada pelo ato ilícito anterior ao processo, com toda a repercussão social, familiar e psicológica esperada. Depois de a transferência ou retenção ilícita ser revertida num processo de retorno, a criança enfrentará restrições para convivência com os pais enquanto eles viverem em países diferentes. Na perspectiva do cônjuge "vencedor" do processo de retorno, qualquer contato físico da criança com o outro genitor traz consigo o risco de nova transferência ou retenção ilícita.

Mesmo assim, os países signatários da Convenção, incluindo o Brasil, entenderam ser razoável estabelecer um protocolo objetivo que fosse capaz de viabilizar o retorno imediato da criança para o país de residência habitual, basicamente suspendendo a discussão sobre guarda ou direito de visita, prestigiando a jurisdição dos tribunais estrangeiros para dirimir essas questões.

Mas antes de passar aos aspectos específicos do processo de retorno de crianças, convém repassar alguns pontos teóricos da disciplina de Direito Internacional Privado relevantes para a distinção do processo de retorno de processos similares envolvendo apenas fatos normais (circunscrito a uma única ordem jurídica).

2.1 Direito Internacional Privado

Fatos Anormais

Os processos de retorno de crianças envolvem fatos implicados em mais de uma jurisdição, em mais de uma ordem jurídica. Esses fatos são classificados como fatos anormais, o que os coloca dentro do campo de estudo do direito internacional privado, seguindo lição de Amílcar de Castro. Segundo esse autor, o escopo do direito internacional privado seria o de única e exclusivamente organizar o direito adequado à apreciação de fatos anormais, ou fatos em relação com duas ou mais jurisdições, sejam pertinentes ao forum, ou ocorridos no estrangeiro²¹. Diz ainda que como o fato anormal pode ser apreciado à moda nacional ou à moda estrangeira, cabe ao Direito Internacional Privado indicar *in abstractu* o direito aconselhável; ou, por outras palavras: como a ordem jurídica indígena não é especialmente destinada à apreciação de fatos anormais, pela regra de direito internacional privado manda observar-se o direito comum, o direito especial, organizado por imitação de uso jurídico estranho, visando-se sempre à solução justa e útil aos interessados²².

Fatos anormais seriam fatos, situações e relações jurídicas que apresentam elemento de estraneidade (o que na doutrina em geral, são considerados "casos mistos"). São conceitos, portanto, centrais para uma vertente mais técnica que privilegie a aplicação das normas conflituais - determinadoras do direito material aplicável, quer seja o direito interno (o da *lex fori*), quer o direito estrangeiro, àqueles casos contendo elementos estrangeiros²³.

Elemento de Conexão

Os elementos de conexão servem de referência para solucionar os conflitos de leis envolvendo fatos anormais. De acordo com Haroldo Valladão, os elementos de conexão são certas circunstâncias diretamente ligadas ao caso, usadas pela norma de direito internacional privado para indicar a legislação aplicável, "são as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponte para a solução dos conflitos de leis, em linguagem atual são os mísseis que põem em órbita a

²¹ CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 50.

²² CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. op. cit., p. 75

²³ POLIDO, Fabrício B. P. Interações Entre Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional na Obra de Amílcar de Castro. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, p. 27-46, set./dez. 2013, p. 32.

regra de DIP".²⁴ A diversos elementos de conexão adotados de diferentes maneiras por cada ordem jurídica, a depender do caso, entre eles os mais relevantes para a matéria da Convenção o *lex domicilii*, lei do domicílio; o *lex fori*, lei do local onde corre a ação judicial; e o *lex patriae*, ou lei da nacionalidade da pessoa;

Ordem Jurídica

De acordo com Castro²⁵, a existência de uma ordem jurídica está associada à presença de um estado. Esse autor apresenta uma visão dualista da ordem jurídica, que pode ser classificada como interna (doméstica, estatal) e internacional, considerando, no entanto, que vem representar a totalidade de critérios pelos quais devem ser apreciadas as relações sociais dos membros e uma comunidade. Tais critérios encontram-se nas leis, na jurisprudência, nos costumes, na doutrina, e em princípios gerais implícitos, além de nas disposições particulares, de regras, normas, conceitos oficiais ou oficializados, dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico²⁶.

Litispêndência Internacional

No caso de discussão da matéria de fundo, a guarda da criança com pais de nacionalidades diferentes (fato anormal), é possível que sejam iniciados dois processos iguais, um em cada país, com os mesmos elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir.

Nos casos envolvendo apenas fatos normais (pais brasileiros, filhos brasileiros, residência no Brasil), o juiz do caso, no exercício de juízo de admissibilidade, ao tomar conhecimento da litispêndência, extinguiria o processo sem resolução de mérito, seguindo inteligência do art. 485, V, do Código de Processo Civil – CPC.²⁷

²⁴ VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971, p. 266.

²⁵ CASTRO, Amílcar de. Lições de direito processual civil e de direito internacional privado. São Paulo: Ed. do Brasil, 2000, p.7.

²⁶ CASTRO, Amílcar de. Lições de direito processual civil e de direito internacional privado. op. cit., p.9.

²⁷ Art. 485 do CPC: "O juiz não resolverá o mérito quando: [...] V - reconhecer a existência de preempção, de litispêndência ou de coisa julgada".

Ocorre que no caso de fatos anormais, a ordem jurídica brasileira confere tratamento próprio, e reconhece a litispendência internacional, de acordo com o art. 24 do CPC²⁸.

Dois processos podem correr paralelamente e, por natural, podem resultar decisões distintas, por vezes contrárias. Assim, nada na ordem jurídica brasileira impede (mesmo porque seria ineficaz²⁹) que tribunal estrangeiro profira sentenças divergentes das que podem ser produzidas no Brasil. A solução desse impasse é que para que a sentença estrangeira seja executada no Brasil, ela precisa passar por processo de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ³⁰, assunto que será tratado de forma mais detalhada no tópico sobre competência dos tribunais superiores brasileiros.

2.2 Competência

Na análise de competência de jurisdição envolvendo todo o processo de retorno de criança, é possível fazer uma revisão geral de competência constante da disciplina de Direito Processual Civil. Em síntese, todas as instâncias cíveis podem ser alcançadas, em diferentes fases do processo, nem que seja como recurso processual utilizado pelas partes para buscar uma posição mais favorável para si.

O conceito de competência interna está vinculado, ainda, à proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5, XXXVII, da Constituição Federal – CF), ou seja, "a arbitrária indicação de um órgão escolhido para, em caráter especial, conhecer e decidir sobre determinada causa". Como antítese à vedação constitucional do juízo de exceção e como forma de concretizar a garantia do juízo competente, surge o significado do princípio do juiz natural e o

²⁸ Art. 24 do CPC: A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

²⁹ A esse respeito, Arruda Alvim considera ser "rigorosamente inócuo" ao Estado nacional pretender disciplinar os problemas atinentes à jurisdição ou competência de outros Estados, posto que essa disciplina e sua efetividade decorrem do pressuposto da soberania. (ARRUDA ALVIM, José. *Manual de Competência Internacional*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7/8, jul./dez. 1977, p. 15.)

³⁰ Vide art. 15 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB): Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal." Posteriormente, essa competência foi atribuída ao STJ.

"reconhecimento de que somente o órgão jurisdicional pré-constituído, ou seja, o órgão cuja competência resulta, no momento do fato, de determinadas normas abstratas já existentes, é que poderá legitimamente exercer a jurisdição em um processo dado"³¹.

Por outro lado, a busca por um juízo que o autor considera mais favorável é conhecida por *forum-shopping*. É absolutamente natural que, havendo vários foros competentes, o autor escolha aquele que acredita ser o mais favorável aos seus interesses. O problema é conciliar o exercício desse direito potestativo com a proteção da boa-fé processual, princípio consagrado no CPC. Tal escolha não pode ficar imune à vedação ao abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé. Como meio para garantir a efetivação desses princípios, surgiu na Escócia uma doutrina denominada *forum non conveniens*, que serviu de freio jurisprudencial a essas escolhas abusivas³².

Mas há diversas razões lícitas que levam a pessoa a optar por uma jurisdição em detrimento de outra, em especial, a duração do processo em cada uma, o tratamento jurídico de direito material e os custos (honorários, custas judiciais e despesas)³³.

No caso de processos envolvendo transferência e retenção de crianças, surge outro elemento que distingue do *forum-shopping* clássico, que é o esforço deliberado de uma parte para simular fatos para que o seu pedido de guarda seja conhecido e processado no país de destino da criança, e não no seu país de residência habitual. Isso porque, a Convenção é explícita ao reservar a competência para processar e julgar questões de guarda de crianças aos tribunais do país de residência habitual da criança.

Ainda sobre esse tema, a Convenção serve de instrumento limitador da prática de *forum-shopping*, pois, segundo Gustavo Monaco, ela se filiou definitivamente à residência habitual da

³¹ KARAM, Maria Lúcia. Competência no Processo Penal, p. 46 *apud* SALLES SOUZA, Luiz Roberto. Competência Internacional do Juiz Nacional. Tese de Doutorado. USP, 2012 p. 35.

³² DIDIER JR., Fredie. Editorial 67. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-67/>>. Acesso em: 27/nov/2016.

³³ CAMARGO, Solano de. Forum Shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2015 p. 66.

criança como elemento de conexão para a determinação tanto da competência como da lei aplicável às questões objeto da Convenção³⁴.

2.2.1 Competência Internacional

Para determinação de competência do juízo envolvendo fato anormal, é importante mencionar o princípio da efetividade. Esse princípio orienta a distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde exclusivamente produzir efeitos.³⁵ Ademais, não seria conveniente ocupar os órgãos jurisdicionais com questões que não se liguem diretamente ao respectivo ordenamento jurídico.³⁶

Outro que vem a contrastar com o da efetividade é o princípio do *plenitudo jurisdictionis*. Este princípio é particularmente importante, pois define que o Estado é soberano ao definir sua própria jurisdição sobre determinada lide, seja pelo fundamento de suas regras internas ou a partir dos tratados que tenha firmado³⁷. Decorre desse princípio a vedação a qualquer estado de impor a outro uma medida no campo processual. Logo, se um estado não reconhecer sua competência para julgar determinada lide, não poderia promover a remessa do caso para julgamento por outro estado, justamente pela afronta que isso significaria à soberania desse outro estado, sendo cabível apenas a extinção do processo³⁸.

Deriva daí outro princípio, da unilateralidade, segundo o qual a norma delimitadora da jurisdição estatal, que afirma ou afasta a competência internacional do estado, não tem poder para atribuir competência internacional a outro estado. Assim, não enquadrada uma demanda em alguma hipótese de competência internacional, fica excluída a possibilidade de essa mesma hipótese servir para que se remeta o julgamento à jurisdição de outro estado, sob pena de ofensa à soberania estrangeira. A pergunta que resta ao julgador não é "qual a jurisdição competente", mas "se existe jurisdição do estado acionado para decidir determinado caso concreto".³⁹

³⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Proteção da Criança no Cenário Internacional. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 274.

³⁵ JATAHY, Vera Maria Barrera. Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 211.

³⁷ CAMARGO, Solano de. Forum Shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? Op. Cit., p. 44.

³⁸ CAMARGO, Solano de. Forum Shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? Op. Cit., p. 46.

³⁹ JATAHY, Vera Maria Barrera. Do Conflito de Jurisdições. Op. Cit., p. 25.

No caso de processos nacionais com pedido de guarda, em que o cônjuge detentor da guarda possui domicílio em outra localidade, o juiz da vara de família tem o dever de declinar de sua competência em favor do juízo de família com jurisdição sobre a localidade de domicílio do detentor da guarda. Como já visto, o juízo do local de domicílio do detentor da guarda possui competência absoluta para processar e julgar pedidos de guarda – art. 147, I do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁴⁰.

Mas será que a ordem nacional impede que cônjuge nacional, domiciliado no Brasil, ingresse com ação pedindo a fixação de guarda de criança que se encontra sob a guarda do cônjuge estrangeiro? Nessa hipótese, como a competência para julgar matéria de guarda de crianças é absoluta, o artigo 64 do CPC traz algumas respostas, especificamente o § 1º.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

*§ 1º A **incompetência absoluta** pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.*

Esse dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 147, I do ECA. De modo que, constatado que o detentor da guarda da criança possui domicílio no exterior, a decorrência lógica desse fato é a incompetência absoluta de qualquer juízo de família brasileiro, que tem o dever de declarar de ofício a sua incompetência absoluta.

Ocorre que o § 3º desse mesmo artigo 64 esclarece que a incompetência absoluta não enseja a extinção do processo, mas a remessa dos autos para o juízo competente.

Art. 64.

(...)

*§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, **os autos serão remetidos ao juízo competente.***

⁴⁰ Art. 147 do ECA: "A competência será determinada: I - pelo domicílio dos pais ou responsável".

Fica claro que a hipótese contemplada pelo legislador foi a remessa dos autos para outro juízo de família brasileiro, igualmente sujeito à ordem jurídica nacional. O que fazer o julgador, então, ao não vislumbrar outro juízo competente na ordem nacional?

Restariam dois caminhos, (1) a simples extinção do processo, sem resolução do mérito, ou (a) a remessa dos autos para tribunal estrangeiro. O primeiro caminho, mera extinção do processo (sem remessa dos autos ao juízo competente), pode ser entendida como uma violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição enunciada no art. 5º, XXXV, da CF. O segundo, como já visto, pode representar afronta à soberania de outro estado, ao representar certa imposição do dever de julgar a tribunal estrangeiro.

2.2.2 Justiça Estadual

Como a Convenção reserva a discussão da matéria de guarda para a justiça do país de residência habitual da criança, em tese a justiça estadual não deveria atuar nesses casos. Ocorre que uma das primeiras medidas buscadas pelo cônjuge nacional ao chegar no Brasil com o filho, com o ânimo de aqui permanecer, é iniciar ação para fixação de guarda perante a vara de família da localidade onde fixou residência no Brasil. Pode alegar, com base nos critérios de definição de competência do CPC e do ECA⁴¹, que esse é o domicílio atual (ainda que mudado recentemente), e esse é o local onde deve correr o processo de guarda.

Ainda na justiça estadual, o tribunal local julgará os agravos e apelações derivados das ações movidas na vara de família.

2.2.3 Justiça Federal

De acordo com o art. 109, I da CF⁴², é da Justiça Federal a competência para julgar as ações de interesse da União na condição de autora ou ré. Nas ações fundamentadas na Convenção, é claro o interesse jurídico da União em cumprir suas obrigações internacionais de

⁴¹ Art. 147 do ECA.

⁴² Art. 109 da CF, com grifos: "Aos **juízes federais** compete processar e julgar: I - as causas em que a **União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas** na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...] III - **as causas fundadas em tratado** ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional".

cooperação, previstas no tratado, tal interesse fundamenta a intervenção da União como parte autora do processo de retorno.

Em outro arranjo de partes do processo, quando o autor da ação de retorno for o cônjuge estrangeiro, ainda assim a competência será da Justiça Federal, mas por outro fundamento. É que também compete à Justiça Federal processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato celebrado pela União (art. 109, III, CF), como é o caso da Convenção.

Observa-se que a competência da Justiça Federal não alcança a matéria de fundo do direito de guarda. Ela decide apenas se a criança deve retornar ou não para o seu país de residência habitual⁴³. Assim, caso, a qualquer tempo e por qualquer razão, a Justiça Federal entenda definitivamente que a criança não deve retornar ao seu país de origem (e.g. exceções à aplicação da Convenção), a discussão sobre a guarda caberá exclusivamente à vara de família estadual.

Dentro da estrutura da Justiça Federal, compete ao Tribunal Regional Federal correspondente deliberar, em grau de recurso, sobre as decisões proferidas pelo juiz federal de primeiro grau.

2.2.4 Tribunais Superiores

Cabe ao STJ uma posição de destaque nos casos envolvendo discussão, para homologar qualquer sentença estrangeira, para expedir *exequatur*, para julgar incidentes positivos e negativos de conflito de competência, além de atuar como instância recursal.

Para que a sentença estrangeira seja internalizada na ordem brasileira, deve primeiro passar pelo crivo do STJ. Uma das possíveis hipóteses de rejeição de pedido de homologação de sentença estrangeira no STJ é a ofensa à soberania nacional. Com base no artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB⁴⁴ –, a ofensa à soberania nacional deve impedir a homologação da sentença estrangeira. Seguem esse entendimento os artigos 216-C,

⁴³ BRASIL. Advocacia Geral da União. Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1. Edição. Brasília, 2011 p. 10.

⁴⁴ Art. 17 da LINDB, com grifos: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, **quando ofenderem a soberania nacional**, a ordem pública e os bons costumes".

216-D e 216-F do Regimento Interno do STJ⁴⁵, que atualmente disciplinam o procedimento de homologação de sentença estrangeira.

A sentença estrangeira não pode ser homologada pelo STJ quando houver decisão da justiça brasileira sobre a matéria, pois entende que tal homologação representaria ofensa à soberania nacional⁴⁶. Observe que essa restrição, quando se trata de guarda e alimentos de menor, permanece em vigor mesmo quando a decisão brasileira for em sede de liminar e a sentença estrangeira já tiver transitado em julgado.

Conflito de competência entre a justiça estadual, que pode já ter conhecido do pedido para estabelecer a guarda da criança no Brasil (por vezes pode já ter fixado a guarda no Brasil).

Note-se, por fim, que, em grau de recurso, os processos podem chegar até o Supremo Tribunal Federal – STF –, para julgamento de matéria de ordem constitucional. No caso envolvendo o menor Sean Goldman⁴⁷, por exemplo, a decisão satisfativa que promoveu o

⁴⁵ Regimento Interno do STJ, com grifos: "Art. 216-C. A homologação da decisão estrangeira será proposta pela parte requerente, devendo a petição inicial conter os requisitos indicados na lei processual, bem como os previstos no art. 216-D, e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso. Art. 216-D. A decisão estrangeira deverá:

I - ter sido proferida por autoridade competente; II - conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia; III - ter transitado em julgado. [...] Art. 216-F. **Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a soberania nacional**, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública."

⁴⁶ A esse respeito, vide, por exemplo STJ - SEC 12116/EX, com a seguinte ementa reproduzida com grifos:

"SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS EM PARTE. DISSOLUÇÃO CONJUGAL E AUTORIDADE PARENTAL DE FILHA MENOR. EXISTÊNCIA DE DECISÃO SOBRE A GUARDA NA JUSTIÇA BRASILEIRA. HOMOLOGAÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.

I - Trata-se de pedido de homologação de r. sentença proferida pela Justiça francesa, que dissolveu a sociedade conjugal do requerente com a requerida, bem como conferiu ao pai a autoridade parental exclusiva sobre a filha comum do casal, ainda menor.

II - Na espécie, o pleito está em conformidade com os requisitos agora elencados no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente, aos comandos dos artigos 216-C, 216-D e 216-F, e com o art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois constata-se que a sentença homologanda foi proferida por autoridade competente, traduzida por profissional juramentado no Brasil, ocorreu o trânsito em julgado, houve citação regular da requerida, não havendo que se cogitar em ofensa à soberania nacional ou à ordem pública quanto ao pedido homologatório em relação à dissolução matrimonial.

III - Em razão do Acordo de Cooperação em Matéria Civil, celebrado entre os governos do Brasil e a França (Decreto n. 3.598/2000), dispensa-se a chancela consular nos documentos emitidos por autoridade francesa.

IV - A jurisprudência desta col. Corte é pacífica no sentido de que a existência de decisão no Judiciário brasileiro sobre a guarda e alimentos de menor, mesmo que em sede de liminar e após o trânsito em julgado da decisão alienígena, impede a homologação, sob pena de ofensa à soberania nacional.

Homologação deferida em parte, apenas no que diz respeito à dissolução do casamento."

⁴⁷ O caso mais célebre de retenção ilícita de menores no Brasil ocorreu pouco depois da adesão do Brasil à Convenção, envolvendo o menor Sean Goldman, nascido nos Estados Unidos, numa família transnacional

retorno da criança foi proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, no exercício da presidência do STF.

Além disso, o STF pode ser chamado, em competência originária, para dirimir processos iniciados pelo estado estrangeiro contra a União ou os estados, nos termos do art. 102, I, "e" da CF⁴⁸. Inconformado com o descumprimento por parte da União ou de algum estado no que diz respeito a obrigação assumida pelo estado brasileiro de retornar prontamente a criança para o seu local de residência habitual, o estado estrangeiro poderia, em tese, levar o caso à apreciação do STF, para que processe e julgue o caso a fim de garantir o cumprimento da obrigação de retorno imediato da criança. Em pesquisa realizada na página do STF, porém, não foram localizados processos iniciados diretamente por estados estrangeiros que tenham por objeto o retorno de crianças.

2.2.5 Processos Nacionais

Naturalmente também ocorrem casos de disputa de guarda, ou subtração de crianças, envolvendo meramente fatos normais: pais brasileiros, filhos nascidos no Brasil, com residência

composta por pai estadunidense e mãe brasileira. Sean, filho da brasileira Bruna Bianchi e do americano David Goldman, morou com os pais nos Estados Unidos de 2000 a 2004. Em 2004, com autorização do pai, Sean veio ao Brasil com a mãe, que porém, decidiu permanecer no Brasil com o filho, comunicando ao marido o fim do relacionamento. David Goldman ajuizou ação para reaver a guarda do menor, porém a justiça decidiu de forma não favorável ao pai. Bruna Bianchi casou-se novamente, e em 2008, durante o nascimento de sua filha com o novo marido, veio a falecer em razão de complicações no parto.

Ao saber da morte de Bruna, David Goldman entrou em nova disputa pela guarda do menor, que agora era requerida por ele e pelo padrasto de Sean, João Paulo Lins e Silva, em múltiplos processos movidos na justiça estadual, federal, no STJ e STF.

Após conseguir o apoio da autoridade central dos Estados Unidos, ela entrou com pedido de cooperação internacional junto ao Estado brasileiro, alegando que, após a morte da mãe de Sean, este estava retido de forma ilícita no Brasil, com base nos termos da Convenção.

Em junho de 2009, o juiz federal Rafael de Souza Pereira Pinto, da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro, ordenou o retorno de Sean ao pai em 48 horas, porém o Ministro Marco Aurélio, do STF, concedeu liminar para suspender o retorno, em ação promovida por um partido político que alegou descumprimento de preceito fundamental. Foi só em dezembro desse ano de 2009 que o Ministro Gilmar Mendes cassou a liminar que havia sido concedida, e assim efetivou o retorno do menor ao pai biológico. (GASPAR, Renata Alves; AMARAL, Guilherme. Sequestro Internacional de Menores: os Tribunais Brasileiros Têm Oferecido Proteção Suficiente ao Interesse Superior do Menor? Belo Horizonte: Meritum v. 8, n. 1, jan./jun. 2013, pp. 358-359.)

Após o retorno do menor com o pai para os Estados Unidos, a então coordenadora da autoridade central brasileira, Patrícia Lamego T. Soares, por e-mail em 24 de dezembro de 2009, chegou a se desculpar com as autoridades estadunidenses pelo percalço causado pela família materna da criança, no momento da sua entrega no consulado dos Estados Unidos no Rio de Janeiro.

⁴⁸ Art. 102 da CF, com grifos: "Compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] e) o litígio **entre Estado estrangeiro** ou organismo internacional **e a União**, o Estado, o Distrito Federal ou o Território".

habitual no Brasil, levados por um dos pais para outro ponto do território brasileiro. Nessa circunstância, os envolvidos são brasileiros, os fatos foram praticados no território nacional e a repercussão social se limita ao território nacional.

Percebe-se claramente que tais conflitos estão sujeitos à jurisdição exclusiva da ordem jurídica nacional brasileira – nem se cogita a aplicação da Convenção. Mas a análise desses casos pode revelar aspectos legais, processuais e jurisprudenciais úteis para os processos internacionais de retorno de crianças, principalmente pela abundância de ocorrência - são muito mais comuns do que os processos envolvendo fatos anormais.

No caso de fatos normais, nacionais, a medida pretendida é um mandado de busca e apreensão da criança, previsto no artigo 536 do CPC⁴⁹, processado e julgado na justiça comum estadual. No caso de fatos anormais, o instrumento adequado é a ação de retorno com o objetivo de alcançar o retorno da criança para o seu país de residência habitual, seguindo os dispositivos da Convenção. O processo de retorno é de competência da justiça federal, conforme falado acima.

De regra, nas ações de busca e apreensão, esse pedido é acompanhado de pedido de tutela de urgência, presentes os elementos que evidenciem a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo⁵⁰. Esse pedido, ao mesmo tempo, possui natureza cautelar e satisfativa. É cautelar pois tende a interromper o abuso (na perspectiva de que a transferência ou retenção ilícita é uma forma de violência, espécie de abuso) e a garantir o resultado útil em processo que discute a guarda da criança. Também é satisfativa pois o que se busca, no fundo, é a convivência com a criança, prejudicada pela subtração.

⁴⁹ Art. 536 do CPC, com grifos: "No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, **a busca e apreensão**, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. § 2º O **mandado de busca e apreensão de pessoas** e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1o a 4o, se houver necessidade de arrombamento."

⁵⁰ Art. 300 do CPC.

Segundo a ordem jurídica nacional, a competência para processar e julgar ações envolvendo crianças é do foro do domicílio de quem detém a guarda⁵¹. A esse respeito, "em observância ao ECA, a jurisprudência do STJ privilegia o foro do domicílio daquele que exerce regularmente a guarda para as ações em que disputada a posse da criança⁵². Ressalvadas pequenas distinções entre os casos nacionais e internacionais, definir no caso concreto o domicílio de cada um dos pais no processo nacional e a residência habitual no processo internacional representa o mesmo grau de desafio e incerteza.

Outros fatores considerados pelo STJ na definição de competência para processar e julgar casos de guarda de crianças é o fato de o genitor pleiteando a guarda em outro domicílio ter ciência de que existe decisão liminar ou definitiva concedendo guarda para o outro genitor. Afirma, ainda que "não há justificativa para a recusa da precatória de busca e apreensão da criança no novo domicílio da genitora⁵³.

Noutro processo iniciado no Distrito Federal em 2009⁵⁴, o pai promoveu a "retenção espúria do menor" e logo ingressou com ação de modificação de guarda. Ao mesmo tempo, a mãe, detentora da guarda, ingressou com ação de busca e apreensão. O STJ conheceu do conflito de competência para reconhecer a competência do juízo do domicílio daquele que detém legalmente a guarda da criança, anulando todos os atos decisórios proferidos pelo juízo absolutamente incompetente.

Há ainda outro processo nacional iniciado em Minas Gerais em 2012⁵⁵. Ainda que envolva apenas fato normal, pelas suas circunstâncias, aproxima-se dos casos de transferência ou retenção internacional de criança. A filha menor vivia com sua mãe em Limeira-SP até viajar para visitar seu pai em Montalvânia-MG, que ali a reteve para em seguida ingressar com ação cautelar buscando a guarda provisória da sua filha. Em sede recursal, o Tribunal determinou o prosseguimento dessa ação em Montalvânia-MG que ao final deferiu a guarda provisória da criança ao seu pai. Sabendo do fato, a mãe ingressou com ação de guarda em Limeira-SP.

⁵¹ STJ - Súmula 383.

⁵² STJ - CC N. 141.374-RJ.

⁵³ STJ - CC N. 141.374-RJ.

⁵⁴ STJ - CC 105962-DF.

⁵⁵ STJ - CC 124.112-MG.

Inicialmente, o juízo de Limeira-SP declinou de sua competência em favor do juízo de Minas Gerais, até que o Tribunal local determinou o prosseguimento da ação em Limeira-SP por entender que este juízo possui competência absoluta, não passível de prorrogação. A esse respeito, o STJ reconheceu que o pai agiu à margem do sistema legal ao levá-la para passar alguns dias com sua família e não mais a devolveu, ainda que tenha alegado que a criança estaria sendo vítima de descaso e se encontraria sob risco social. Antes de reconhecer a competência definitiva do juízo do domicílio da mãe, a ministra relatora escreveu em seu voto:

6. Nessa senda, embora a criança esteja morando com o pai desde 2011, data em que foi subtraída do lar materno, e ainda que exista decisão judicial amparando a manutenção dessa situação fática, incontestemente que ela é derivada de evidente burla ao sistema que fixa o Juízo competente como aquele do detentor legal da guarda da criança, que era, no início desse imbróglio, repita-se, a mãe da menor.

7. Não se discute aqui, importa frisar, a veracidade das afirmações do pai da criança sobre a ocorrência do possível abandono material e psicológico da menor, mas sim, sobre onde deve ser travado esse debate, tendo em vista haver fato objetivo, qual seja, a consolidada guarda legal da infante, por sua mãe.

(...)

9. Pode, e deve o genitor que não detém a guarda, buscar a alteração dessa condição quando entender haver motivos razoáveis para tanto, porém, não pode se valer de subterfúgios para impingir ao outro genitor, e também ao Poder Judiciário, situação fática criada à margem do ordenamento legal.

10. Apenas situações excepcionalíssimas, que não foram aqui demonstradas, ensejam a flexibilização da regra de que as ações que tratem do interesse do menor devem correr no domicílio do detentor de sua guarda.

Dentre essas "situações excepcionalíssimas" mencionadas pela ministra relatora, encontra-se o princípio do juiz imediato, a partir de interpretação do art. 147 do ECA⁵⁶, que busca preservar o melhor interesse da criança. A despeito de outras regras para definição de competência⁵⁷, o STJ neste caso⁵⁸ reconheceu que a competência para julgar matéria envolvendo menor era do juízo do novo domicílio da criança, fixado após o início da ação. Na prática, reconheceu a possibilidade de prorrogação de competência provocada pela mudança de

⁵⁶ Art. 147 do ECA: "A competência será determinada: I - pelo domicílio dos pais ou responsável; II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável."

⁵⁷ Art. 87 do CPC, analisado sob a perspectiva do princípio de estabilização de competência, *perpetuatio jurisdictionis*.

⁵⁸ STJ - CC 119.318-DF.

domicílio da criança depois de iniciado o processo, o que em tese contraria o princípio do *perpetuatio jurisdictionis*.

A partir da jurisprudência do STJ, em termos gerais não existe mudança significativa de direito material entre os processos baseados exclusivamente no direito nacional e aqueles envolvendo fatos anormais. Tem-se por claro que a fixação de guarda de menores é matéria de ordem pública e não admite o exercício de autotutela por quem quer que seja, seja na subtração de e para o próprio território nacional, seja na transferência de país estrangeiro para o Brasil.

2.3 Legitimidade e Interesse Das Partes

De acordo com o art. 17 do CPC, "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade". Observa-se que o CPC estabeleceu dois requisitos de admissibilidade subjetivo relacionado às partes do processo, legitimidade e interesse.

No campo da legitimidade, impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídico afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que está será discutida. Essa é a noção de legitimidade *ad causam*⁵⁹.

Como segundo requisito, o interesse de agir é requisito processual que deve ser examinado em duas dimensões: necessidade e utilidade da tutela jurisdicional⁶⁰. O exame da necessidade da jurisdição fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem que ser encarada como última forma de solução de conflito. E a utilidade está presente quando o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante⁶¹.

Num caso clássico de transferência ou retenção ilícita de criança, são quatro os possíveis interessados no retorno: a pessoa que promoveu a transferência ou retenção ilícita, o cônjuge

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I*. 18ª Edição. Salvador, Editora Jus Podivm, 2016 p. 345.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I*. Op. Cit. p. 360.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I*. Op. Cit. p. 362.

estrangeiro (vítima⁶² da transferência ou retenção), o estado brasileiro e o estado estrangeiro de residência habitual da criança.

O interesse dos cônjuges é tão evidente que dispensa maiores esforços para a sua demonstração. Uma parte quer continuar com a criança no Brasil, a outra quer que a criança retorne para o seu país de residência habitual, para conviver com o genitor estrangeiro. Existe uma relação direta de conflito entre essas partes, na forma de agente-vítima. O cônjuge estrangeiro teve seu direito de guarda ou de visitação usurpado pelo genitor que promoveu a transferência ou retenção ilícita.

Menos evidente, porém, é o interesse processual do estado brasileiro, representado pela União Federal.

Esse estranhamento é natural, pois se a situação envolvesse apenas fatos normais (i.e. ausência de elementos transnacionais, ou fatos anormais), o estado não seria parte interessada em qualquer processo envolvendo guarda, nem mesmo a subtração de crianças. Não se espera a intervenção de qualquer pessoa de direito público em processo como parte interessada para pedir que a justiça conceda a guarda de uma criança a este ou àquele cônjuge. Num caso assim envolvendo apenas fatos normais, somente as partes, os cônjuges, teriam interesse processual para pedir a guarda ou mesmo a busca e apreensão.

E para haver um posicionamento favorável a um dos lados, a expectativa no imaginário coletivo é que o estado brasileiro deveria, ou pelo menos poderia, defender os seus nacionais, numa ação em defesa da comunidade nacional. Tal expectativa não é de todo infundada. Observa-se, por exemplo, que o estado brasileiro não extradita seus nacionais para cumprirem penas no exterior, nos termos do art. 5, inciso LI, da CF⁶³. Há também forte atuação estatal em

⁶² O termo vítima é utilizado, aqui, apenas como referência ao cônjuge estrangeiro. Não se ignora, porém, que a criança também é vítima do ato ilícito, pois foi privada do convívio com o genitor estrangeiro em seu local de residência habitual - já foi falado aqui, que a transferência ou retenção ilícita pode configurar abuso.

⁶³ Art. 5º, LI, da CF; com grifos: "**Nenhum brasileiro será extraditado**, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei".

defesa de interesses de pessoas jurídicas brasileiras⁶⁴, com medidas protecionistas que chegam a ser questionadas por outros países (pois todos querem defender suas empresas nacionais).

E se não fosse para favorecer o nacional, esperar-se-ia pelo menos do estado uma posição neutra nesse tipo de matéria. Mas, não. O que se visualiza, aqui, é uma atuação oposta, de direto combate aos interesses de um cidadão brasileiro – o cônjuge nacional, que ao território brasileiro transferiu ou aqui reteve ilicitamente o seu filho.

A partir de qual construção a União se tornaria legitimada para ingressar em juízo, num processo aparentemente adstrito a interesses particulares, para pedir o retorno de uma criança a um estado estrangeiro? Não estaria sendo descumprido o disposto no art. 18 do CPC?⁶⁵ A resposta a essa pergunta foi dada no tópico que tratou da competência da Justiça Federal para processar e julgar ações de retorno. O estado brasileiro assumiu compromissos perante a comunidade internacional de nações de que cumpriria o disposto na Convenção. Esses compromissos podem ser bem resumidos nos objetivos da Convenção: (a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas ou retidas no território nacional brasileiro, e (b) fazer respeitar de maneira efetiva no território brasileiro os direitos de guarda e de visita existentes nos estados signatários da Convenção⁶⁶.

Observa-se que existe uma fase administrativa de cognição prévia ao processo judicial, em que a autoridade central brasileira avalia o caso em busca dos pressupostos de aplicação da Convenção. O mesmo ocorre, em nova instância administrativa, na Advocacia Geral da União – AGU –, ao receber o encaminhamento da autoridade central para elaboração do pedido em nome da União para o retorno da criança ao seu país de residência habitual. Se em qualquer uma dessas fases, ainda na esfera administrativa, entender-se que a Convenção não é aplicável ao caso, a União não figurará no polo ativo da ação de retorno.

⁶⁴ O Decreto n. 8.058/2013 regulamenta procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas antidumping. Esses processos passam pelo Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior do MDIC.

⁶⁵ Art. 18 do CPC, com grifos: "**Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio**, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico."

⁶⁶ Artigo 1, "a" e "b" da Convenção.

Importante notar, ainda, que, muito embora o cônjuge estrangeiro também aproveite de eventual decisão favorável, a União age em defesa de interesse processual próprio, que é cumprir o compromisso assumido pelo estado brasileiro em convenção internacional. Não se trata de intervenção de terceiros – assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração de personalidade jurídica, nem *amicus curiae*⁶⁷. É por isso que a autoridade central brasileira faz uma análise de mérito acerca do pedido de retorno, durante a fase de mediação do conflito e conciliação entre as partes, antes de encaminhar o pedido à AGU para que logo apresente o pedido de retorno da criança em processo movido na Justiça Federal.

Nem todo pedido de retorno apresentado pela autoridade central estrangeira chega ao poder judiciário. Em alguns casos, o processo de mediação e conciliação é bem-sucedido; noutros, as autoridades administrativas brasileiras não encontram os pressupostos de aplicação da Convenção⁶⁸.

Como o interesse processual da União não se confunde com o interesse do cônjuge estrangeiro, a manifestação de desinteresse em agir da administração não prejudica o interesse do cônjuge estrangeiro, que ainda poderá se dirigir à Justiça Federal para pedir o retorno da criança, tendo como fundamento de direito material o tratado celebrado pela União (a Convenção), e de direito processual o art. 109, III, CF.

No fim do rol dos legitimados, está o estado estrangeiro, signatário da Convenção. Ele também possui interesse legítimo em que os termos da Convenção, como acordo entre estados partes, sejam observados pelo governo brasileiro. A intervenção direta do estado estrangeiro em juízo no Brasil é comum nos processos de extradição. A página de jurisprudência do STF traz diversos casos cuja parte requerente é, por exemplo, o "Governo dos Estados Unidos da América"⁶⁹, ou o "Governo da Argentina"⁷⁰. Fica demonstrada, assim, a capacidade de estados estrangeiros para figurar no polo ativo em processos judiciais no Brasil. Mas há também

⁶⁷ Título III do CPC, artigos 119 ao 138.

⁶⁸ Nesta passagem, os autores relatam um caso de fevereiro de 2002, em resposta a pedido apresentado pela autoridade central da Espanha, a AGU se recusou a ingressar com o pedido de retorno em nome da União, pois "considerou que não havia pressupostos suficientes para a cooperação". (GASPAR, Renata Alves; AMARAL, Guilherme. Op. Cit., pp. 357-358.)

⁶⁹ STF - Ext 1427 / DF

⁷⁰ STF - Ext 1450 / DF

processos movidos contra estado estrangeiro no Brasil, ficando demonstrada a sua capacidade processual passiva, a exemplo da Reclamação 8582, cuja parte reclamada é o Governo da República da Coreia⁷¹, e também da Ação Cível Ordinária 543, cuja parte autora é a União Federal e parte ré a República da Coreia⁷², ambos movidos no STF.

Caso entenda, no plano nacional, que algum órgão da União não está cumprindo a parte que lhe corresponde no processamento do pedido de retorno da criança, nada impede que o estado estrangeiro ingresse diretamente com ação no STF para exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelo estado brasileiro no âmbito da Convenção.

2.4 Questões Gerais Acerca Dos Conceitos Empregados Na Convenção

Sequestro Internacional de Crianças

Muito embora o nome seja "Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças", o termo sequestro não é mencionado no corpo da convenção. Em vez disso, a Convenção fala em transferência e retenção ilícita da criança. Há críticas quanto ao emprego desse termo pelo legislador brasileiro⁷³, por conferir uma conotação criminal à transferência e retenção ilícita. Criminalizar os pais de uma criança dificilmente pode representar o máximo interesse da criança, um dos princípios fundamentais da Convenção. Nos processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, principalmente em processos envolvendo fatos normais, a subtração também recebe outras designações, como guarda usurpada, transferência forçada de domicílio, detenção espúria⁷⁴.

Ilicitude

A transferência ou retenção em estado estrangeiro será considerada ilícita pela Convenção se houver violação a direito de guarda atribuído pela lei do estado de residência habitual. Para configurar a ilicitude, a Convenção também exige que a pessoa que pleiteia o

⁷¹ STF - Rcl 8582

⁷² STF - ACO 543

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comentários do Supremo Tribunal Federal à Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 2/11/16.

⁷⁴ STJ - CC 105962-DF, CC 124112-MG.

retorno da criança estivesse exercendo efetivamente o seu direito de guarda no momento da retenção.⁷⁵ Logo se vê a dificuldade de se determinar, de forma objetiva, os aspectos mais relevantes do direito de guarda, com possibilidade de diferentes leituras da mesma situação por diferentes instâncias. Em primeiro lugar, o direito de guarda do cônjuge estrangeiro nem sempre se apresenta de modo evidente, no caso de pais não divorciados no momento da transferência. Ademais, é de difícil demonstração o exercício efetivo do direito de guarda de um dos pais, em detrimento do outro. Diversas questões podem ser suscitadas, e o trabalho se voltará a elas em detalhe nos capítulos posteriores, nas situações em que o cônjuge estrangeiro viaja com frequência, ou quando ocorreu a separação de fato, sem que houvesse deliberação judicial sobre a guarda, ou quando a determinação judicial não define com exatidão se a guarda será unilateral ou compartilhada pelos cônjuges. Por tudo isso, a ilicitude é um ponto que comporta questionamentos em processos solicitando o retorno de crianças.

Direito de Guarda

Esse direito pode ser atribuído a pessoa ou a instituição, a exemplo do que ocorre com as instituições de internação de crianças. A Convenção define guarda como "direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência".⁷⁶ Observe que de acordo com o artigo 3 da Convenção, o direito de guarda pode ser atribuído de pleno direito, por meio de decisão judicial ou administrativa, ou por acordo. Pleno direito é a existência previsão legal de quem deve exercer a guarda em determinada circunstância. Na legislação brasileira, por exemplo, enquanto subsistir a coabitação, ambos os

⁷⁵ Artigo 3 da Convenção: "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."

⁷⁶ Artigo 5, "a", da Convenção.

pais exercem conjuntamente a guarda dos filhos. Essa é a posição da lei e da doutrina.^{77, 78 e 79} Exige-se um acordo e/ou decisão judicial para alterar o regime de guarda existente antes da separação (até então compartilhada, de pleno direito), de modo a torná-la unilateral. Nenhum dos pais pode assumir que é o detentor de guarda unilateral dos filhos, e decidir, unilateralmente, transferir ou reter o filho em local diverso da sua residência habitual. Caso o faça, essa transferência ou retenção será ilícita, nos moldes previstos na Convenção. Note-se que a transferência ou retenção será ilícita mesmo se um dos cônjuges pela mudança da criança para outro endereço dentro do território nacional.

A Convenção veicula um conceito próprio para o direito de guarda, que não necessariamente coincide com os conceitos presentes nas ordens jurídicas dos estados partes. O direito de guarda na Convenção compreende tanto os cuidados com a pessoa da criança quanto o direito de decidir seu local de residência habitual. Tal conceito é muito mais amplo e protege situações que não estão incluídas no conceito de guarda atribuído pela legislação e doutrina brasileira. Por isso, na análise do cabimento do retorno imediato da criança ao seu local de residência habitual, nunca serão aplicados os conceitos brasileiros de guarda, visitação ou poder familiar⁸⁰.

A Suprema Corte dos Estados Unidos⁸¹, por exemplo, entendeu que existia direito de guarda nos termos da Convenção num caso em que um genitor detinha apenas direito de visitação. Isso porque havia sido imposta uma restrição segundo a qual a criança não poderia sair do país, exatamente a medida descumprida pelo outro genitor.

⁷⁷ Art. 21 do ECA: "O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência."

⁷⁸ Art. 1.631 do CC, com grifos: "**Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais;** na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo."

⁷⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Direito de Família, Volume 5*. 7a edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

⁸⁰ BRASIL. Advocacia Geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 1. Edição. Brasília, 2011 p. 10.

⁸¹ *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. ____, 130 S. Ct. 1983 (2010). De acordo com James Garbolino, *Abbot v. Abbott* foi o único caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo a Convenção. (GARBOLINO, James D. *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*. Federal Judicial Center, 2012 p. 12.)

Direito de Visita

Quando se fala em violação do direito de visita, fala-se do direito exercido pelo cônjuge que não detém a guarda do filho em seu país de residência habitual. Por isso, mesmo um cônjuge detentor de guarda unilateral que transferir ou reter seu filho no Brasil sem o consentimento do cônjuge estrangeiro e sem um provimento judicial estrangeiro que lhe autorize, pode ser enquadrado nas espécies de sequestro internacional previstas na Convenção.

Como vimos, os conceitos da legislação brasileira não necessariamente coincidem com os da Convenção, nem com os da legislação do país de residência habitual da criança. Mas apenas como referência, o Código Civil brasileiro – CC – confere direito de visita ao pai ou mãe que não detém a guarda dos filhos.⁸²

Residência Habitual

O termo residência habitual não foi definido pela Convenção, embora amplamente utilizado nas partes mais significativas do texto. Seria o local onde a criança viveu por tempo suficiente para se sentir adaptada. Observe que o conceito de residência habitual utilizado na Convenção difere da ideia de domicílio, uma vez que domicílio inclui elementos de *animus*, cidadania e nacionalidade.⁸³ No Brasil, o local de residência e a habitualidade dessa residência serve como parâmetro para definir o domicílio de cada um dos pais. Essa definição do domicílio é importante pois a competência para processar e julgar ações relativas a crianças é do foro do domicílio de quem detiver a sua guarda⁸⁴. E mais, o STJ entende que essa competência é absoluta em razão da matéria⁸⁵. Claro que essa abordagem não produz a segurança esperada, pois quando mais de uma pessoa, ou tribunal, for apreciar a mesma questão de fato, podem surgir interpretações diferentes acerca da residência habitual, ou domicílio. A começar pela definição de domicílio, que pode adotar bases distintas em cada ordem jurídica. Nesses casos,

⁸² Art. 1.589 do CC: "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, **poderá visitá-los e tê-los em sua companhia**, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

⁸³ GARBOLINO, James D. The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges. Op. Cit., p. xiv.

⁸⁴ STJ - Súmula 383.

⁸⁵ STJ - AgInt no AgRg no AREsp 628300 / MS.

Oscar Tenório afirma que a *lex fori* (lei do local onde corre a ação judicial) é a competente para determinar qual a lei definidora de domicílio⁸⁶.

Transferência

A transferência ilícita, no geral, é caracterizada por pais que retiram unilateralmente a criança da sua residência habitual sem a ciência ou permissão do cônjuge estrangeiro⁸⁷. Os termos transferência e retenção são utilizados em conjunto ao longo da Convenção. Mas é importante distinguir os dois termos pois a Convenção estabelece o prazo de um ano para início da ação de retorno. No caso de transferência ilícita, esse prazo começa a contar da data da conduta ilícita. Na maior parte dos casos, a conduta ilícita em questão é inequívoca, permitindo definir, com elevado grau de certeza, o início do prazo de um ano para início da ação de retorno.

Retenção

No geral, os casos de retenção ilícita envolvem o consentimento do cônjuge estrangeiro com a viagem, que depois se dá conta ou é informado que a criança não retornará ao seu país de residência habitual. O elemento mais relevante de distinção, do ponto de vista processual, entre retenção e transferência, é a data a partir da qual passa a transcorrer o prazo de um ano⁸⁸ para iniciar o processo de retorno no estado em que a criança se encontra. No caso de transferência, a data definida com certeza, é o momento em que a criança foi retirada da sua residência habitual. Na retenção, pode haver certo grau de dúvida quanto ao momento a partir do qual a retenção se instaurou, para fim de contagem de prazo.

Uma revisão do texto da Convenção revela um cuidado de estabelecer critérios objetivos na máxima extensão possível para a sua aplicação a um caso concreto. Este item 2.4, juntamente com visão geral da Convenção (item 1.4 do estudo), conclui a análise da clareza dos termos da Convenção, segundo tópico do marco teórico.

⁸⁶ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

⁸⁷ GARBOLINO, James D. *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges*. Federal Judicial Center, 2012.

⁸⁸ Artigo 12 da Convenção.

2.5 Argumentação e Convencimento a Favor do Retorno

Além do argumento geral em defesa da justiça, e aqueles indicados expressamente nos objetivos da Convenção, há princípios de direito material e processual que podem ser considerados como referência para nortear o melhor encaminhamento do caso.

Melhor Interesse da Criança

A Convenção entende que o melhor interesse da criança é que as questões relativas à sua guarda sejam processadas e julgadas pelo juiz do país de sua residência habitual. As razões para isso são as mesmas que levaram a legislação e os tribunais brasileiros a atribuir competência ao juízo do local de domicílio do detentor da guarda para processar e julgar qualquer discussão envolvendo guarda de crianças, conforme foi apresentado no tópico acerca da competência.

Qualquer medida diferente do retorno imediato da criança, ressalvadas as exceções previstas na própria Convenção, representaria uma afronta a esse princípio do direito envolvendo crianças.

Também se falou, aqui, da identificação como abuso dos atos que levem à transferência ou retenção de crianças fora do seu local de residência habitual.

Aproveitar-se da Própria Torpeza

Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans constitui princípio basilar do direito que a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza. A parte que promoveu transferir ou retém uma criança fora do seu local de residência habitual comete ato ilícito reprovável pelo direito.

Num princípio, as partes transnacionais decidiram voluntariamente fixar residência em território estrangeiro e ali criar os seus filhos. No curso do relacionamento, decidem, ainda que unilateralmente, interromper aquele relacionamento. A ordem jurídica dos países, de regra, concede liberdade aos cônjuges para que decidam o destino dos filhos, dentro dos limites impostos pelas normas de ordem pública. No caso de incapacidade ou indisposição das partes para se chegar a um acordo sobre o destino dos filhos, devem recorrer ao poder judiciário **local**, para ali discutir o caso, apresentar os argumentos de cada parte, até se alcançar numa decisão

que a sociedade como um todo entende como capaz de atender o melhor interesse da criança. Se por qualquer razão uma das partes se sentir prejudicada, pode ainda recorrer da decisão, e levar seus argumentos a uma nova instância dentro da estrutura judicial **local**.

Em vez disso, um dos cônjuges decide resolver o caso de forma unilateral, num verdadeiro exercício de autotutela e transfere a criança para outro país, ou nele a retém.

Os países signatários da Convenção, o Brasil inclusive por óbvio, entenderam que essa conduta merece uma resposta imediata das autoridades públicas no sentido de restabelecer a situação existente anterior à transferência ou retenção ilícita – *status quo ante*. Restituir a criança para o país de residência habitual é um imperativo da Convenção.

Não se admite, na hipótese de sequestro, que o responsável pelo ato ilícito se beneficie dessa conduta. Mesmo diante da legítima convicção de que a pessoa estará em condição desfavorável numa futura discussão de guarda no país de residência habitual da criança depois do retorno. Não porque as autoridades públicas de cada país, no geral, possuem uma postura tendenciosa para favorecer os seus nacionais, mas porque a realidade do perpetrador do sequestro ficou realmente agravada pelo ato ilícito que foi praticado.

Duração Razoável Para o Processo

Até o texto da Convenção reconhece que, em certo tempo, as crianças podem se integrar ao novo meio. Não quer dizer que tal adaptação seja desejável, ou mesmo admissível. É mera constatação da capacidade que os humanos, em especial as crianças, de se adaptarem a um novo ambiente, nova cultura, novas pessoas, nova língua. Mas a ninguém é dado impor essa adaptação a uma criança, senão dentro do curso natural da vida, dentro dos limites da lei.

O que dizer então da razoável duração do processo? A CF foi emendada para acrescentar no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, da CF, com texto da Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004).⁸⁹

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A fim de garantir um prazo razoável para o retorno da criança, os julgadores brasileiros podem conceder tutelas provisórias, na espécie de tutela de urgência. Essa matéria encontra-se disciplinada no art. 300 do CPC, presentes os elementos que evidenciem a **probabilidade do direito**, o **perigo de dano** ou o risco ao resultado útil do processo.⁹⁰ Esses dois elementos destacados na sentença anterior também são conhecidos como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e são requisitos para a concessão da providência de urgência, que pode ser de natureza cautelar ou satisfativa.

Vislumram-se duas dimensões do dano que pode ser causado pela espera até se alcançar a tutela definitiva. Por um lado, o fato de a criança estar sendo privada do convívio com o genitor estrangeiro, afastada de todas as referências emocionais próprias da sua residência habitual. Por outro, cada dia longe da sua residência habitual faz com que essa residência se torne menos habitual, são novos relacionamentos, novas experiências, novas amizades, nova escola etc. A tutela definitiva tardia, mesmo que favorável ao retorno, pode ocasionar uma nova violência para a criança, ao ter que se adaptar novamente a um ambiente com o qual já não se sente tão familiarizada. Tudo isso poderia ser evitado com o atendimento do preceituado pela Convenção – retorno imediato.

No limite da demora, a criança pode alcançar os 16 anos, que é o limite de idade para a aplicação da Convenção⁹¹, e o processo de retorno ser extinto por perda do objeto. Nesses casos, não se mostra legítimo ao Estado "recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática".⁹²

⁹⁰ Art. 300 do CPC: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."

⁹¹ Artigo 4 da Convenção, com grifos: "A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. **A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.**"

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - vol. 1. Op. Cit.

3 Medidas Preventivas

A partir das linhas de defesa a favor e contra o retorno da criança, o estudo propõe medidas com potencial para desestimular ou agilizar resolução de casos de sequestro internacional de crianças para o Brasil.

3.1 Antes da Retenção

As medidas prescritas aqui aplicam-se apenas nos casos de separação prévia do casal, e tem por objeto principal o acordo de separação. Os casos de retenção em viagem internacional durante o casamento são mais difíceis de serem prevenidos, pois o cônjuge estrangeiro está confiando no retorno do outro cônjuge com a criança para o país de residência habitual de todos.

3.1.1 Acordo de Regulamentação de Guarda

Alguns cuidados com o acordo de regulamentação de guarda da criança no exterior podem desestimular ou impedir a ocorrência de transferência ou retenção ilícita em outros países.

Antes de autorizar a emissão de passaporte da criança pelo consulado brasileiro, e como condição para a viagem da criança ao Brasil, a sentença judicial estrangeira que homologou o acordo que regulamenta o regime de guarda da criança deve alcançar eficácia no Brasil. Para isso, nos termos do art. 961 do CPC⁹³, essa sentença deve seja submetida ao STJ para homologação.

A grande vantagem da homologação prévia é a produção de uma sentença apta a ser executada no Brasil, uma sentença que reconhece expressamente a competência do tribunal estrangeiro para decidir sobre a guarda da criança. No caso de transferência ou retenção ilícita posterior, o cônjuge estrangeiro poderá ingressar em juízo diretamente para executar aquela sentença homologada, e com isso exigir o retorno.

No caso de mudança frequente de residência do casal antes da separação, especialmente quando em algum momento o casal já tenha vivido no Brasil, é possível que seja alegado na justiça brasileira que o local de residência habitual da criança seja o Brasil, o que pode atrasar

⁹³ Art. 961 do CPC: "A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado."

mais o processo, por adentrar em matéria de prova a ser apresentada pelas partes. Por isso é importante que o acordo de separação seja muito bem detalhado de modo a enfrentar todos esses pontos que podem ser suscitados no processo de retorno.

Outra possibilidade é que as partes discutam e definam à exaustão os termos da guarda, inclusive os poderes de cada parte no que diz respeito à mudança de endereço da criança. Se por qualquer razão o casal concordar que o cuidador primário terá a liberdade para determinar unilateralmente o local de residência da criança, esse fato deve ser registrado com muita clareza no acordo, para que o cônjuge nacional também tenha a segurança de que depois da mudança não enfrentará um processo de retorno. A ideia que o acordo sirva de baliza para a aplicação ou não da Convenção para a futura disputa entre os genitores.

3.1.2 Consignar o Propósito da Viagem em Autorização

Uma linha de argumentação utilizada no pedido de guarda no Brasil é que o cônjuge estrangeiro consentiu com a mudança de domicílio da criança. Com isso, o processo pode se arrastar para a produção de provas de ambas as partes.

Essa medida pode auxiliar até mesmo nos casos de retenção antes da separação do casal. Mesmo que a retenção seja inesperada, o cônjuge estrangeiro pode se precaver ao indicar expressamente na autorização de viagem que a autorização concedida não representa autorização para que a criança fixe residência permanente no exterior.

Nessa linha, o formulário padrão de autorização de viagem internacional aprovado pelo CNJ por meio da resolução 131/2011-CNJ traz a ressalva que "salvo se expressamente consignado, este documento não constitui autorização para fixação de residência permanente no exterior"⁹⁴.

Esse registro documental ajuda a afastar a hipótese de autorização, ainda que tácita, de mudança de domicílio da criança. Isso porque é perfeitamente viável que o cônjuge estrangeiro, a qualquer tempo, consinta com a mudança de domicílio da criança para outro local. Esse tipo

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Formulário de Viagem de Menor ao Exterior. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/viagemaoexterior/formulario_viagem_de_menor_ao_exterior.pdf>. Acesso em: 21/out/2016.

de autorização poderia ser emitida por qualquer um dos pais no exercício do seu poder familiar, sem a necessidade de outro procedimento.

Na hipótese de autorização do cônjuge estrangeiro, ainda que tácita, ele deixaria de contar com a proteção prevista pela Convenção em caso de arrependimento posterior. Restar-lhe-ia apenas a possibilidade de pleitear a guarda na justiça com jurisdição sobre o novo domicílio da criança, no Brasil.

3.1.3 Medidas Restritivas

Se houver suspeita de que o cônjuge nacional de outro país pode transferir ilicitamente a criança para o seu país de residência, um caminho seria buscar na justiça a imposição de medidas restritivas no sentido de proibir qualquer viagem da criança para o exterior.

E mesmo que não haja medidas restritivas específicas, nada impede que os pais notifiquem as autoridades policiais e migratórias acerca dos termos da sentença que homologou os direitos de guarda sobre a criança.

Nos Estados Unidos, por exemplo, depois da aprovação da lei *Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014*, as autoridades policiais, migratórias e diplomáticas do país se uniram para estabelecer um programa com o objetivo de prevenir a saída de uma criança dos Estados Unidos quando houver uma ordem judicial que proíba a remoção da criança dos Estados Unidos⁹⁵. Essa lei possui um capítulo dedicado à Prevenção de Sequestro Internacional de Crianças, Título III⁹⁶, que estabelece basicamente duas linhas preventivas de ação. Primeiramente (Seção 301), um programa conduzido pelas autoridades policiais, migratórias e diplomáticas para impedir que ocorra a transferência. Em segundo lugar (Seção 302), determina que o Secretário de Estado promova, diretamente ou por meio de outros órgãos governamentais ou organizações não governamentais, treinamentos de autoridades judiciais e administrativas de outros países com histórico de descumprimento da

⁹⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Department of State. Information about the Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act. Disponível em: <<https://travel.state.gov/content/childabduction/en/preventing/InformationabouttheSeanandDavidGoldmanInternationalChildAbductionPreventionandReturnAct.html>>. Acesso em: 3/12/2016.

⁹⁶ UNITED STATES OF AMERICA. H.R. 3212 – Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113hr3212eas/pdf/BILLS-113hr3212eas.pdf>>. Acesso em: 3/12/2016.

Convenção, para que possam lidar de modo adequado com os casos de transferência ou retenção ilícita.

3.2 Depois da Retenção

Confirmada a transferência ou retenção ilícita, resta ao cônjuge estrangeiro tão somente adotar medidas com o intuito de desfazer a transferência ou cessar a retenção no menor prazo possível, e assim abreviar o retorno da criança. As medidas propostas neste tópico estão centradas no elemento duração do processo. O cônjuge estrangeiro busca, nesta fase, medida satisfativa para assegurar o imediato retorno da criança, uma vez que a demora em concretizar o retorno não só prolonga a situação de insegurança e de abuso pela qual passa a criança, mas também reduz as chances de sucesso na via judicial.

Há três linhas de ação a serem consideradas. E como o tempo é um fator crítico no processo, nada impede que as três linhas de ação sejam seguidas simultaneamente. A primeira, composta de ações de natureza administrativa, diplomática e jurídica, consiste em seguir passo a passo as medidas prescritas pela Convenção para alcançar o retorno, a começar pela provocação administrativa da autoridade central estrangeira, no país de residência habitual da criança. A segunda linha de ação consiste na busca direta de medidas judiciais no Brasil. A terceira e última linha, é engajar num diálogo aberto com a família do cônjuge que promoveu o sequestro, por intermédio de um conciliador. Nos próximos tópicos abordaremos cada uma dessas linhas, em mais detalhe.

3.2.1 Ação Administrativa, Diplomática e Jurídica

A Convenção estabelece uma estrutura administrativa especializada para tratar dos casos de sequestro de crianças em todos os países signatários, são as autoridades centrais. Cabe ao cônjuge estrangeiro iniciar um processo administrativo perante a autoridade central do seu país, para que ela encaminhe um pedido de cooperação jurídica internacional para a autoridade central brasileira. Esse processo administrativo pode culminar num pedido de retorno apresentado pela AGU, em nome da União, perante a Justiça Federal.

No campo das vantagens desta linha de ação, merece destaque a credibilidade que o pedido goza por haver sido encaminhado por órgãos governamentais. O pedido de retorno

também incorpora elementos do campo político e diplomático⁹⁷. Ademais, o processo todo pode correr sem custo para o cônjuge estrangeiro, algo muito útil quando a família for de baixa renda. No máximo, o cônjuge estrangeiro gastará com a preparação dos documentos necessários para comprovar a residência habitual da criança no país e demonstrar que ele exercia alguma espécie de direito de guarda ou de visita.

Como desvantagem, destaque para a demora na apreciação do caso em pelo menos três instâncias. No país de origem, a primeira fase de deliberação se dá no âmbito da autoridade central que primeiramente vai avaliar o caso. Só depois de convencida de que estão presentes os pressupostos para a aplicação da Convenção é que tal autoridade encaminhará o pedido de cooperação jurídica internacional para a autoridade central brasileira. A segunda fase corre justamente na autoridade central brasileira, que fará nova apreciação dos pressupostos da Convenção no caso. Uma vez de acordo da aplicabilidade da Convenção, o pedido de retorno é encaminhado para a AGU, que fará nova avaliação antes de instaurar o processo em nome da União Federal. Em cada etapa mencionada acima, haverá um juízo de mérito para avaliar se o caso reúne os pressupostos para se aplicar a Convenção.

3.2.2 Ação Jurídica Direta

Esta linha significa o ingresso direto do cônjuge estrangeiro em juízo para viabilizar o retorno da criança ao país de residência habitual. E não são poucas as medidas a buscar. Tutelas provisórias de urgência (antecipada e cautelar) e definitivas na justiça estadual, federal e eventuais medidas nos tribunais superiores.

Reunidos os documentos necessários para comprovar os fatos alegados, o cônjuge estrangeiro pode iniciar o processo de retorno na Justiça Federal brasileira, independentemente

⁹⁷ Algo bem evidente no caso Sean Goldman, em que o tema ocupou a pauta das relações diplomáticas entre o Brasil e os Estados Unidos, com ameaça de sanções econômicas de grande monta sobre o Brasil, por haver descumprido materialmente os compromissos assumidos na Convenção. O assunto foi objeto de discussão aberta no congresso dos Estados Unidos durante a retenção ilícita, e continuou depois do retorno. Essa discussão levou à aprovação de uma lei no ano de 2014, denominada *Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014*.

da atuação das autoridades centrais (do seu país e da brasileira). Essa medida encontra amparo tanto no art. 5º, XXXV da CF⁹⁸, como no artigo 29 da Convenção⁹⁹.

Poderá o cônjuge estrangeiro também ingressar em eventual processo para discussão de guarda movido pelo cônjuge nacional na justiça estadual. O objetivo inicial deve ser evitar decisão judicial, mesmo que provisória, que estabeleça guarda ao cônjuge nacional. O STJ entende que a partir do momento em que for proferida decisão judicial nacional sobre determinada matéria, nenhuma sentença estrangeira acerca desse mesmo fato poderá ser homologada ou executada no Brasil, pois ofenderia a soberania nacional.

A propósito, também pode ser conveniente homologar alguma sentença estrangeira perante o STJ, ou requerer *exequatur* nesse tribunal, por meio de processos independentes dos eventuais processos em curso na Justiça Federal e na estadual.

No campo das tutelas provisórias, de acordo com as características do caso concreto, pode ser desejável buscar certas medidas de natureza cautelar, como a apreensão do passaporte da criança, a exigência de comunicação e autorização prévia do juízo sobre qualquer viagem ou mudança de endereço, a notificação das autoridades policiais e migratórias acerca das restrições impostas de viagem, a nomeação de perito psicólogo ou assistente social para acompanhar a regularidade das atividades escolares da criança. Ademais, o cônjuge estrangeiro pode pleitear medidas antecipadas, como o próprio retorno da criança e a regulamentação de um regime de visitas.

A principal vantagem da intervenção direta é o ganho de tempo. O poder judiciário poderá ter contato imediato com o caso, com isso, as diligências que seriam tomadas de qualquer forma já poderão ter início a partir do pedido apresentado diretamente pelo cônjuge estrangeiro. Com o deferimento do pedido de retorno, a duração do sequestro, da transferência ou retenção ao retorno, poderá ser abreviada. Além disso, a intervenção direta enfraquece o

⁹⁸ Art. 5º, XXXV da CF: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁹⁹ Artigo 29 da Convenção, com grifos: "A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de **dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes**, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção."

argumento de adaptação da criança ao meio para o qual foi trazida, um dos principais argumentos utilizados para impedir o retorno.

Mas há outro aspecto, também importante num caso mais complexo. Todos os possíveis processos estão interligados, pois buscam o mesmo fim por caminhos processuais diferentes. Na ação de guarda, na justiça estadual, o cônjuge pretende obter a guarda unilateral da criança, para que assim possa garantir a permanência da criança – o cônjuge estrangeiro, nesse foro, quer apenas evitar esse ganho estratégico, pois o juiz estadual não é competente para determinar o retorno da criança com base na Convenção. Some-se a isso a possibilidade de recursos contra as decisões do juízo estadual, eventual mandado de segurança contra decisão que viole direito líquido e certo do cônjuge estrangeiro garantido pela Convenção. A partir da cartilha elaborada pela AGU, entende-se que a ação desse órgão basicamente permanece limitada à Justiça Federal, com a instauração do pedido de retorno¹⁰⁰. Não há registro de atuação da União (por meio da AGU) nos processos que tramitam na vara de família, em que o cônjuge nacional reclama para si a guarda da criança, nem perante o STJ, em eventual ação de homologação de sentença estrangeira.

A desvantagem mais evidente dessa investida é o custo. Apesar de existir a possibilidade de atuação de defensores públicos, é difícil imaginar que um cidadão estrangeiro conseguirá ser atendido de modo tempestivo na defensoria de qualquer localidade, tendo em vista a possível limitação do idioma.

Outro risco para os interesses do cônjuge estrangeiro é o potencial conflito de atuação entre os seus advogados e os procuradores da AGU, no que diz respeito aos fatos, provas e teses apresentados à justiça. Uma atuação equivocada por parte dos advogados contratados pelo cônjuge estrangeiro pode, sim, prejudicar os esforços promovidos pela AGU, de modo a prejudicar os próprios interesses do cônjuge estrangeiro. Os problemas podem ir desde a ausência de contestação de fato alegado pela parte contrária (capaz de produzir coisa julgada processual por preclusão), até uma confissão em juízo por parte dos advogados do cônjuge estrangeiro. Além disso, há que se dar crédito à AGU. Por meio do seu Departamento

¹⁰⁰ BRASIL. Advocacia Geral da União. Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Op. Cit., pp. 9, 19-21.

Internacional, ela atua em todos os processos de retorno de crianças do país, dificilmente alguma banca particular de advogados terá o mesmo nível de experiência. De 2003 a 2010, a AGU atuou em 218 casos de retorno. Depois de iniciados os processos de retorno, os processos são conduzidos por unidades especializadas em cada estado, "pontos focais", responsáveis pela participação em audiências e na instrução probatória¹⁰¹.

3.2.3 Ação Por Conciliação

O caso concreto pode oferecer a oportunidade para interlocução entre as partes, além de poder contar com o apoio de familiares, de amigos em comum e também dos advogados contratados pelo cônjuge estrangeiro.

Primeiramente, a conciliação apresenta a grande vantagem de poder resultar num acordo definitivo de guarda e visitação da criança, passível de homologação nos dois países. É possível, num cenário assim, que a criança tenha mais contato com ambos os genitores, e que apesar da distância seja possível manter uma guarda compartilhada, com livre trânsito da criança entre os países para visitar o genitor com quem tem menos convivência.

Esta abordagem pode ser a mais rápida e menos onerosa entre todas.

Infelizmente, devido aos acontecimentos que normalmente antecedem à conciliação, as chances de sucesso são reduzidas. O nível de confiança entre as partes é baixo. Na perspectiva do cônjuge nacional, qualquer aproximação da criança com o cônjuge estrangeiro representa o risco de uma transferência reversa. Na do cônjuge estrangeiro, a conciliação pode representar só um pretexto para protelar o retorno da criança.

¹⁰¹ BRASIL. Advocacia Geral da União. Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Op. Cit., p. 22.

4 Conclusão

O estudo demonstra que, sim, há medidas capazes de desestimular, evitar ou agilizar a resolução de casos de transferência ou retenção ilícita de crianças com residência habitual no exterior, mesmo no Brasil.

A atuação histórica do país não é exemplar, com dificuldades culturais e operacionais. No aspecto cultural, o poder judiciário brasileiro é uma pequena amostra da visão que prevalece na sociedade como um todo, vinculada a um modelo patriarcal de sociedade, que reforça a posição da mulher como cuidadora dos filhos. Isso dificulta o cumprimento estrito dos termos da Convenção quando o cônjuge nacional é a mãe, no sentido de determinar o retorno imediato da criança para o convívio com o cônjuge estrangeiro, o pai. Observam-se casos de completa alienação do judiciário aos termos da Convenção, que é norma de direito interno a partir da promulgação presidencial pelo Decreto n. 3.413/2000. Os juízes das varas de família, por exemplo, mesmo depois de saberem que a criança possui residência habitual em outro local, não se declaram incompetentes para julgar o direito de guarda, em regra invocando o melhor interesse da criança.

No aspecto operacional, mesmo as decisões favoráveis ao retorno tardam meses ou anos para serem expedidas e executadas. Na realidade geral do poder judiciário brasileiro, o fato de um processo durar dois anos, ou mais, para ser resolvido é algo bem razoável. Ocorre que esse horizonte não atende à expectativa da Convenção, de que as autoridades nacionais devem tomar medidas urgentes para viabilizar o retorno imediato da criança. E os casos de retorno não são os únicos, claro, há diversos outros em que a justiça não é capaz de dar uma resposta tempestiva, em que o processo se arrasta até sua extinção por perda do objeto. Nos processos de retorno, como mencionado, a pretensão do cônjuge estrangeiro com base na Convenção tem termo final no aniversário de dezesseis anos da criança, quando a Convenção deixa de ser aplicada.

Assim, enquanto os aspectos culturais e operacionais se sobrepuserem ao que determina a Convenção (novamente, lei interna do país), o país preservará os contornos de santuário para o cônjuge feminino que para cá consegue trazer a criança com residência habitual em outro país. O cônjuge estrangeiro pouco pode fazer para mudar essa realidade de fundo do Brasil.

A solução de casos de transferência ou retenção ilícita de crianças em território brasileiro via de regra depende de provimento da justiça. Tal fato leva a discussão para um campo maior do que a matéria de sequestro internacional de crianças. Não que este tema em si seja pouco importante. Mas os problemas que afligem a justiça brasileira, precário acesso à justiça, falta de efetividade, insegurança jurídica, afetam a sociedade brasileira como um todo. Difícil dizer qual a área mais atingida, se nas relações pessoais e familiares, se nas relações comerciais e econômicas, se nas públicas nacionais e internacionais do estado.

Não que sejam desconhecidos os fatores que podem contribuir para alcançar maior eficácia social do um sistema jurídico. De acordo com estudo elaborado pela *Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD¹⁰² –, o primeiro fator para que se haja eficácia social de um sistema jurídica é a duração do processo. A duração, por sua vez, decorre de diversos fatores que serviram de premissas para a realização deste estudo. Entre os fatores que afetam a duração do processo, destaca-se a baixa capacidade dos tribunais de apreciar os processos em prazo razoável (influenciando o lado da oferta), e a difusão de mecanismos de resolução alternativa de disputas e o grau de segurança do direito (influenciando o lado da demanda). O OECD nomeia alguns instrumentos importantes para reduzir a litigância, em termos de número de novos processos no ano *per capita* ou por PIB. Entre eles, destaque para a qualidade da regulação e a eficácia na implementação das políticas. Quer dizer, a quantidade esperada de processos é inversamente proporcional ao grau de segurança jurídica. Em suma, as soluções embora conhecidas são de difícil implementação, pois envolvem elementos estruturais da justiça e da sociedade.

Outro ponto que chama à atenção é o ônus do tempo. Pelas características que cercam o sequestro internacional de crianças, o ônus da demora recai integralmente sobre o cônjuge estrangeiro. Quer dizer que, enquanto não ocorre uma decisão judicial satisfativa, o cônjuge que promoveu a transferência ou a retenção ilícita permanecerá com a criança. E o poder judiciário não consegue dar uma resposta satisfatória. Esse efeito só é mitigado quando o cônjuge estrangeiro consegue, em sede de tutela de urgência, assegurar o direito de visita, via

¹⁰² OECD. What makes civil justice effective? OECD Economics Department Policy Notes, No. 18, June 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/growth/Civil%20Justice%20Policy%20Note.pdf>>. Acesso em: 20/10/2016.

de regra sob supervisão, pois existe preocupação justificável de que possa haver nova transferência reversa para o exterior, e o cônjuge estrangeiro passe de vítima a perpetrador de violência¹⁰³.

A comunidade internacional precisava mesmo de um instrumento jurídico para homogeneizar os procedimentos. Nesse sentido, o benefício da Convenção é incontestável. Mas isso não a deixa imune a crítica.

Primeiramente, devido ao conceito extravagante de guarda, combinado com a proteção ao direito de visita do cônjuge estrangeiro, a Convenção classifica como ilícita virtualmente qualquer transferência de filho realizada pelo genitor sem o consentimento do cônjuge estrangeiro ou sem autorização da justiça estrangeira. Por isso ela se tornou um obstáculo não só para genitores mal-intencionados, que querem transferir o domicílio da criança de forma espúria, mas também genitores intencionados que atuam como o cuidador primário da criança e de boa-fé querem se mudar de país.

É de se notar que, embora antiga, nem todos os operadores do direito dominam os termos da Convenção – é possível que alguns sequer saibam da sua existência – e a aplicam de forma equivocada. A partir daí, é possível estimar o nível de conhecimento que a população em geral possui acerca da Convenção.

As pessoas continuam não podendo alegar desconhecimento da lei, mas esse dispositivo reprisado em boa parte das ordens jurídicas não torna menos pertinente a discussão sobre os efeitos da Convenção. Mesmo cônjuges estrangeiros que tinham pouquíssimo contato com o filho no país de residência habitual podem se valer da Convenção para exigir o retorno da criança. Por isso, pessoas que acreditam genuinamente estar praticando um ato dentro do seu campo de liberdade como cuidador principal da criança se encontram num enorme problema jurídico e diplomático envolvendo dois países, com suas respectivas autoridades centrais.

¹⁰³ No caso Sean Goldman, depois de muitos meses o pai obteve na justiça autorização para visitar o filho, sob supervisão, após audiência de conciliação promovida pelo STJ. (LOPES, R.C.S.B. Sequestro Internacional de Crianças: Análise e Estudo do Caso do Menino Sean. Monografia de conclusão de curso. UniCEUB, 2010, p. 48.)

Se houvesse uma consciência dessa realidade, é possível que um número maior de mães e pais recorreria à justiça estrangeira antes implementar a mudança de país. Justamente por ser o cuidador primário, possui boas chances de obter autorização judicial para se mudar com a criança. Complementarmente, no curso do processo os genitores podem chegar a um acordo sobre a fixação de residência da criança com o cuidador primário no exterior, com períodos de férias com o cônjuge estrangeiro, soluções que preservam o melhor interesse da criança.

Os outros países também têm a sua parcela de responsabilidade. No Brasil, nenhuma pessoa pode sair com uma criança ou adolescente com nacionalidade brasileira (até completar dezoito anos), sem autorização formal do pai e da mãe, ou sem autorização do outro genitor quando em viagem acompanhada de apenas um dos pais, nos termos do art. 84 do ECA¹⁰⁴. O mesmo não ocorre em outros países, como os Estados Unidos. As pessoas podem sair livremente do país levando consigo crianças, sem a necessidade de autorização formal dos pais. Esse controle na fronteira, além de ser caro, causa enorme transtorno para famílias que se esqueceram ou desconheciam a necessidade de portar autorização. Mesmo assim, o Brasil decidiu realizar o controle e isso certamente é um obstáculo a mais para a transferência ilícita. A partir de 2014, os Estados Unidos, seguindo o disposto na lei *Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act*, se moveram para implementar um programa de controle do movimento das fronteiras – ainda muito diferente do praticado no Brasil, pois a regra nesse país ainda é a liberdade de trânsito, que só será restringida por determinação judicial comunicada às autoridades migratórias.

Mas nada disso é capaz de diminuir a responsabilidade das autoridades brasileiras pelo cumprimento das obrigações assumidas internacionalmente. Cabem críticas à Convenção e à atuação de outros países, mas definitivamente o que foi acordado pelo Brasil deveria ser cumprido – *pacta sunt servanda*.

Em sede de considerações finais, registre-se que este estudo, a exemplo de qualquer pesquisa na área de direito de família, teve que lidar com a dificuldade para obtenção de dados empíricos, uma vez que de regra os processos das varas de família correm em segredo de

¹⁰⁴ Art. 84 do ECA: "Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I – estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II – viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida."

justiça¹⁰⁵. A exceção a essa regra são alguns acórdãos do STJ, que realiza toda uma preparação dos documentos para ocultar os dados que possam levar à identificação das partes envolvidas.

Como sugestão para futuros trabalhos, cite-se a possibilidade de utilizar as medidas jurídicas preventivas propostas no capítulo 3 como hipóteses em futuros trabalhos, utilizando dados empíricos para validá-las. Outra linha possível de expansão do tema é estudar medidas preventivas voltadas a evitar a transferência ou retenção ilícita no exterior de criança com residência habitual no Brasil.

Outra sugestão seria aprofundar o estudo acerca da similaridade entre casos de sequestro internacional de crianças no Brasil e os de guarda usurpada, transferência forçada de domicílio ou detenção espúria; processos de retorno (fatos anormais, transnacionais) e processos com pedido de busca e apreensão (fatos normais, nacionais). Quais os aspectos sociológicos mais significativos, o tipo de tratamento jurisprudencial nos dois casos (similaridades e diferenças), a fim de encontrar possíveis empréstimos dos casos nacionais para aperfeiçoar a prática jurídica nos casos transnacionais.

No campo de direito processual civil internacional, alguns pontos poderiam ser objeto de um estudo mais aprofundado, possivelmente num trabalho de pós-graduação. O primeiro, a incompetência absoluta da justiça estadual para julgar a guarda de crianças nos casos de transferência ou retenção ilícita, e quais os encaminhamentos cabíveis - simples extinção do processo sem resolução de mérito, suspensão do processo em que se discute a guarda até que o pedido de retorno seja julgado, início de um pedido de cooperação jurídica internacional.

¹⁰⁵ O segredo de justiça está previsto no artigo 93, IX da CF e no artigo 189 do CPC, com grifos: "Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, **alimentos e guarda de crianças e adolescentes**; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é **restrito às partes e aos seus procuradores.**"

5 Referências

- ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, Vol. 23, No. 2 167-82, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José. Manuel de Competência Internacional. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7/8, jul./dez. 1977, p. 15.
- BANNON, Caitlin M. The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: The Need for Mechanisms to Address Noncompliance. *31 B.C. Third World L.J.* 129, 2011.
- BRASIL. Advocacia Geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 1. Edição. Brasília, 2011.
- _____. Código Civil – CC. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- _____. Código de Processo Civil – CPC. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Formulário de Viagem de Menor ao Exterior. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/viagemaoexterior/formulario_viagem_de_menor_a_o_exterior.pdf. Acesso em: 21/out/2016.
- _____. Constituição Federal – CF. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
- _____. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.
- _____. Decreto n. 8.058, de 26 de julho de 2013.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.
- _____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 24, de 13 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc> Acesso em 29/nov/2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Comentários do Supremo Tribunal Federal à Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 2/11/16.
- CAMARGO, Solano de. *Forum Shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?* Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2015.

CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CASTRO, Amílcar de. Lições de direito processual civil e de direito internacional privado. São Paulo: Ed. do Brasil, 2000.

CUNHA, Elizabeth. The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases. 24 Conn. J. Int'l L. 155, 156-157, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 18ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

_____. Editorial 67. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-67/>>. Acesso em: 27/nov/2016.

GARBOLINO, James D. The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Guide for Judges. Federal Judicial Center, 2012.

GASPAR, Renata Alves; AMARAL, Guilherme. Sequestro Internacional de Menores: os Tribunais Brasileiros Têm Oferecido Proteção Suficiente ao Interesse Superior do Menor? Belo Horizonte: Meritum v. 8, n. 1, jan./jun. 2013.

GDDC. Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal. Cooperação Internacional. Conferência da Haia. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-civil-comercial/chdip/dg-n-33-83.html>>. Acesso em 4/12/2016.

HCCH. Status Table. 28: Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>>. Acesso em 4/12/2016.

_____. The Hague Conference on Private International Law. Disponível em: <<http://www.hcch.net>>. Acesso em 4/12/2016.

JATAHY, Vera Maria Barrera. Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, R.C.S.B. Sequestro Internacional de Crianças: Análise e Estudo do Caso do Menino Sean. Monografia de conclusão de curso. UniCEUB, 2010.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. Sociologia do Direito: O Fenômeno Jurídico Como Fato Social. 17. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A Proteção da Criança no Cenário Internacional. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. What makes civil justice effective? OECD Economics Department Policy Notes, No. 18, June 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/eco/growth/Civil%20Justice%20Policy%20Note.pdf>>. Acesso em: 20/10/2016.

POLIDO, Fabrício B. P. Interações Entre Direito Internacional Privado e Processo Civil Internacional na Obra de Amílcar de Castro. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, p. 27-46, set./dez. 2013.

SALLES SOUZA, Luiz Roberto. Competência Internacional do Juiz Nacional. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2012.

SHULMAN, Paula. Brazil's Legacy of Internacional Parent Child Abduction: Mediation Under the Hague Abduction Convention as a Solution. Cardozo Journal of Conflict Resolution (Vol. 16:237), 2014.

TENÓRIO, Oscar. Direito Internacional Privado. 11a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

UNITED STATES OF AMÉRICA. Department of State. Information about the Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act. Disponível em: <<https://travel.state.gov/content/childabduction/en/preventing/InformationabouttheSeanandDavidGoldmanInternationalChildAbductionPreventionandReturnAct.html>>. Acesso em: 3/12/2016.

_____. H.R. 3212 – Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113hr3212eas/pdf/BILLS-113hr3212eas.pdf>>. Acesso em: 3/12/2016.

VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. V. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971.