



**Universidade de Brasília**

Faculdade de Direito - FD

Trabalho de Conclusão de Curso

Orientador: Prof. MSc. Leandro Oliveira Gobbo

**Análise da aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do  
Sequestro Internacional de Crianças**

Natália Lopes Starling

Brasília – DF

2017

NATÁLIA LOPES STARLING

**Análise da aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do  
Sequestro Internacional de Crianças**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. MSc. Leandro Oliveira Gobbo

Brasília – DF

2017

NATÁLIA LOPES STARLING

**Análise da aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. MSc. Leandro Oliveira Gobbo

**Banca Examinadora**

---

Prof. MSc. Leandro Oliveira Gobbo (Orientador)

---

Prof. Msc. Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos (Membro da Banca)

---

Prof. MSc. Bruno Rangel Avelino da Silva (Membro da Banca)

Brasília - DF

2017

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças nos casos concretos, em especial a necessidade (ou não) de utilização do Princípio do Melhor Interesse da Criança como base para aplicação do referido artigo. Questiona-se, assim, qual deve ser a relação entre a ordem de retorno imediato do menor prevista no artigo 12 da Convenção e o princípio do melhor interesse da criança. A conclusão foi que o artigo 12 da Convenção de Haia deve ser aplicado tendo como base o princípio do melhor interesse da criança. Assim, o lapso temporal não pode ser o critério determinante para definir a solução da controvérsia, sendo necessário que o julgador analise as particularidades de cada caso concreto e apenas ordene o retorno imediato do menor quando esta solução se apresentar como a melhor opção para preservar o interesse da criança.

**Palavras-chave:** Convenção de Haia de 1980. Princípio do melhor interesse da criança. Sequestro internacional. Decreto 3413/2000.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the application of the article 12 of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in concrete cases, especially the need (or not) of using the principle of the best interest of child as a basis for the application of that article. It is questioned, therefore, what would be the relation between the forthwith order of return of the child described on the article 12 of the Convention and the principle of the best interest of child. The conclusion was that the article 12 of the Hague Convention should be used based on the principle of the best interest of child. Thus, the time gap couldn't be the determinant criterion to define the solution of the controversy, being necessary that the judge analyze the particularities of each concrete case and just order the forthwith return of the child when this solution is presented as the best option to preserve the interest of the child.

**Keywords:** 1980 Hague Convention. Principle of the best interest of the child. International abduction. Decree 3413/2000.

## SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. A Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.....	10
1.1 A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.....	10
1.2 O Desenvolvimento da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.....	12
1.3 Considerações Gerais sobre a Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.....	15
1.4 Análise das disposições da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.....	16
2. O Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	31
2.1 Fundamentos Legais Internacionais.....	31
2.2 Fundamentos Legais Nacionais.....	33
2.3 Análise do Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	35
2.4 Aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança no Brasil.....	38
3. Análise do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e o Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	45
3.1 Introdução.....	45
3.2 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e a sua relação com a Convenção de Haia de 1980, o ordenamento jurídico internacional e as disposições legais nacionais.....	46
3.3 Ordem de Retorno Imediato.....	49
3.4 Análise das Particularidades do Caso Concreto.....	51
3.5 As Medidas Liminares.....	54
3.6 Análise de Outras Fundamentações.....	57
3.7 Processos Relevantes.....	62
3.7.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245.....	62
3.7.2 Apelação Cível nº 0013931-47.2013.4.02.5101.....	63
Conclusão.....	67
Referências Bibliográficas.....	69

## INTRODUÇÃO

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado é um organismo intergovernamental que busca harmonizar as disposições legais aplicáveis aos seus países-membros, em especial no que se refere a proteção de crianças que se encontram em situação de risco. Para alcançar esta finalidade, foi formulada a Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças que “combate a retenção ou remoção ilícita de crianças com até 16 anos, pelos seus próprios guardiães.”<sup>1</sup>

A Convenção tem uma preocupação especial em proteger os interesses da criança vítima de um sequestro internacional, afirmando que os mesmos “são de primordial importância.”<sup>2</sup> Além disso, tem o objetivo de “proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita.”<sup>3</sup>

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças nos casos concretos, em especial a necessidade (ou não) de utilização do Princípio do Melhor Interesse da Criança como base para aplicação do referido artigo. Questiona-se, assim, como deve ser aplicado o referido artigo e, particularmente, se essa aplicação deve ser feita com fundamento no princípio do melhor interesse da criança. Para isso, é necessário compreender os institutos e as disposições da Convenção, além das bases teóricas e jurisprudenciais do referido princípio.

O tema é de relevante interesse, pois a globalização e o crescente desenvolvimento da sociedade permitiram o aumento do fluxo de pessoas entre diferentes países, o que fez com que a formação de famílias entre indivíduos de diferentes nacionalidades fosse mais frequente.<sup>4</sup> Houve, assim, um significativo aumento no número de crianças que possuíam pais com domicílio e nacionalidade diferentes, crescendo, também, as situações passíveis de aplicação da Convenção de Haia de 1980.<sup>5</sup> Nesse sentido, de acordo com dados da ACAF (“Autoridade Central Administrativa Federal”), entre 2009 e 2015 houve um aumento de

---

<sup>1</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980 – Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.10

<sup>2</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980 – Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.9.

<sup>5</sup> Idem.

150% nos casos de sequestro internacional de crianças, sendo que a maior parte deles envolve mães brasileiras.<sup>6</sup>

Tendo isso em vista, é pertinente uma análise mais profunda da aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980, que prevê que:

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

Nesta linha, questiona-se, no presente estudo, qual deve ser a relação entre esta ordem de retorno imediato do menor dentro do intervalo de tempo previsto no artigo e o princípio do melhor interesse da criança.

Para realizar esta análise, o estudo será dividido em três partes: no primeiro capítulo será apresentada a Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças, partindo do estudo da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, analisando as situações que demandaram a criação de um instrumento internacional que regulasse os casos de sequestro internacional de crianças, verificando as bases e os fundamentos utilizados na formulação da Convenção e finalizando com a análise detalhada dos dispositivos e dos objetivos previstos no texto da Convenção.

No segundo capítulo será analisado o princípio do melhor interesse da criança, apresentando a sua origem nos diplomas legais internacionais (Declaração dos Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing e Convenção sobre os Direitos da Criança) e a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal de 1988, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente). Será feita, ainda, uma análise da doutrina que envolve o referido princípio, além da aplicação do mesmo na jurisprudência brasileira.

Por fim, no terceiro capítulo, com base nos dados colhidos, será feita a análise de como deve se dar a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 nos casos concretos. Será estudada, assim, a relação do princípio do melhor interesse da criança com a Convenção de Haia de 1980, verificando a compatibilidade (ou não) entre os dois institutos.

---

<sup>6</sup> Idem. p.7.

Serão apresentadas algumas visões sobre a aplicação do artigo 12 da Convenção, além de alguns julgados, para que possa ser respondida a pergunta inicialmente formulada, qual seja, como deve ser a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980, em especial frente ao princípio do melhor interesse da criança.

## **1. A Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**

### *1.1 A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado*

A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de magnitude global, cujo objetivo é a unificação progressiva das normas de Direito Internacional Privado, levando à diminuição das diferenças entre as legislações dos Estados. A principal bandeira levantada pela organização é a busca por alto grau de segurança jurídica para as pessoas físicas e jurídicas, independentemente das diferenças entre os sistemas jurídicos de cada país, em especial no âmbito da proteção da infância. Para isso, ela realiza a união das várias tradições jurídicas, buscando desenvolver e oferecer “instrumentos jurídicos multilaterais que correspondam às necessidades mundiais.”<sup>7</sup>

A Conferência é uma das mais antigas e teve a sua primeira reunião em 1893 e adquiriu o status de organização intergovernamental permanente em 1955. Com o desenvolvimento das atividades, se tornou um centro de cooperação jurídica internacional e administrativa na seara do direito privado, em especial nas áreas de direito comercial, proteção à criança e à família e direito processual civil. Demonstrativo disso é que atualmente a Conferência conta com 82 membros (81 Estados e 1 Organização Regional de Integração Econômica) e 145 países atuam nos trabalhos realizados.<sup>8</sup>

Quanto ao aspecto financeiro, o orçamento dessa organização intergovernamental é analisado pelo Conselho de Representantes Diplomáticos dos Estados-Membros, sendo que os recursos são provenientes, em sua maioria, dos Estados-Membros. As línguas adotadas oficialmente são o inglês e o francês e o órgão responsável pela organização das atividades é a Secretaria Multinacional (Escritório Permanente).<sup>9</sup>

A Conferência realiza Sessões Plenárias (Sessão Diplomática Ordinária), em regra, de 4 em 4 anos, oportunidade em que adota Convenções (instrumentos legais supranacionais formulados por grupos de trabalhos ou Comissões Especiais) e decide sobre temas relevantes. Excepcionalmente, poderá ser requerida uma sessão extraordinária. Além disso, as Convenções formuladas podem ser revistas, melhoradas e adequadas às realidades, também

---

<sup>7</sup> <https://www.hcch.net/pt/about>, acesso em 06 de fevereiro de 2017.

<sup>8</sup> Dados disponíveis em: <https://www.hcch.net/pt/about>.

<sup>9</sup> <https://www.hcch.net/pt/about>, acesso em 06 de fevereiro de 2017.

por meio das Comissões Especiais, que são compostas por representantes dos Governos dos diversos Estados.<sup>10</sup>

Os pontos base da Conferência são definidos anualmente pelo Conselho de Assuntos Gerais e de Política da HCCH, sendo ele responsável por confirmar ou negar as diretrizes firmadas em reuniões, comissões ou grupos de trabalho.<sup>11</sup> Além disso, importante ressaltar que mesmo não sendo um membro da Conferência, determinado Estado pode adotar as Convenções formuladas. Assim, mesmo quando não ratificadas, as Convenções exercem um importante papel de referência nos sistemas jurídicos dos Estados.

Para facilitar a troca de informações entre os Estados e harmonizar a aplicação das Convenções formuladas, realizam-se frequentemente conferências e seminários, internacionais e nacionais. Além disso, para que os dados estejam sempre atualizados, são formulados artigos, manuais, livros e Compilação de Convenções, sempre buscando aprimorar a aplicação das referidas Convenções.

O meio de comunicação eletrônico ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) também é constantemente atualizado e traz diversas informações sobre as Conferências, tais como “textos, informes completos do status das Convenções, bibliografias, informações acerca das autoridades designadas conforme as Convenções sobre a assistência jurídica e administrativa, informes explicativos, etc.”<sup>12</sup> Por fim, outro meio utilizado para a troca de informações e cooperação administrativa entre os Estados são os órgãos nacionais específicos (Autoridades Centrais) presentes em cada um dos Estados-membros.

Entre 1951 e 2007 foram formuladas pela Conferência 38 Convenções Internacionais, sendo que as que tiveram o maior número de ratificações foram aquelas que trataram de supressão da exigência de legalização, citação e notificação no estrangeiro; obtenção de provas no estrangeiro; acesso à justiça; subtração internacional de menores; adoção internacional; conflitos de leis relacionados à forma das disposições testamentárias; obrigações alimentares; e reconhecimento de divórcios.<sup>13</sup> É nesse quadro que se insere a Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças.

Desde 27 de janeiro de 1972, o Brasil é um dos membros da Conferência de Haia e já aprovou e ratificou a Convenção de Acesso Internacional à Justiça (de 29 de maio de 1993); a

---

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado>, acesso em 07 de fevereiro de 2017.

<sup>12</sup> <https://www.hcch.net/pt/about>, acesso em 06 de fevereiro de 2017.

<sup>13</sup> Idem.

Convenção de Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional (de 29 de maio de 1993) e a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (de 25 de outubro de 1980). Além disso, estão em processo de análise para ratificação/promulgação a Convenção de Obtenção de Alimentos no Exterior, a Convenção Sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (de 5 de outubro de 1961) e a Convenção de Obtenção de Provas no Exterior, de Comunicação de Atos processuais.<sup>14</sup>

### *1.2 O Desenvolvimento da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*

A globalização e o desenvolvimento da sociedade permitiram o aumento do fluxo de pessoas entre diversos países, o que facilitou a formação de famílias com genitores de diferentes nacionalidades.<sup>15</sup> Assim, houve um significativo aumento no número de crianças que possuíam pais com domicílio e nacionalidade diferentes. Como algumas uniões são rompidas, cresceu também o número de crianças que, após a separação dos pais, eram retiradas ilicitamente do seu país habitual e levadas, por apenas um dos genitores, para outro país (normalmente o país de origem deste genitor).<sup>16</sup>

Esta prática dificultava ou impedia a convivência e a participação de ambos os genitores na vida do menor, criando uma situação de afastamento e exclusão. Além disso, devido à soberania nacional dos Estados, o pai que subtraiu o menor era submetido às leis do país em que se encontrava, enquanto o outro genitor estava em outro Estado, sem mecanismos internacionais que o ajudasse na solução do problema.<sup>17</sup>

Assim, o pai que teve a criança subtraída, após descobrir para onde ela foi levada, deveria apresentar uma ação no país onde o menor estaria retido. Essa ação, porém, era muito trabalhosa e apresentava diversas dificuldades para o genitor, além de privilegiar o pai que

<sup>14</sup> <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2015/outubro/seminario-201co-brasil-e-a-conferencia-da-haia-de-direito-internacional-privado201d>, acesso em 07 de fevereiro de 2017.

<sup>15</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.09.

<sup>16</sup> BASSO, Maristela. *30 anos da Convenção sobre sequestro internacional de menores: equívocos e injustiças*. Justificando, Carta Capital. 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/02/30-anos-da-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-menores-equivocos-e-injusticas/>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

<sup>17</sup> Parecer do Advogado-Geral da União nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, p. 13 (numeração do STF: p. 350).

transferiu a criança ilegalmente. Percebe-se que não existiam instrumentos capazes de fazer a conexão entre os países para que a questão fosse solucionada o mais rapidamente possível, levando em consideração o melhor interesse do menor.<sup>18</sup>

Este cenário acabava por criar uma situação em que a mera passagem por uma fronteira ou a permanência ilegal em um território estrangeiro tornava determinado indivíduo quase inacessível ao Poder Judiciário. Além disso, feria diretrizes e princípios firmados no âmbito internacional e presentes, por exemplo, na Declaração dos Direitos Humanos (1945), na Declaração dos Direitos do Homem (1789) e, especialmente, na Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959), documento em que houve o efetivo e evidente reconhecimento da necessidade de proteção específica e individualizada dos interesses das crianças, culminando no princípio do melhor interesse do menor.

Tendo em vista todos estes acontecimentos, percebeu-se a necessidade de criação de um instrumento internacional, resultado de uma cooperação internacional entre os Estados, que regulamentasse estas práticas, facilitando e possibilitando a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e impedindo que fronteiras internacionais fossem responsáveis por manter uma situação de remoção ilícita de menores.

Assim, a Conferência de Haia, sempre buscando o respeito aos direitos das crianças, foi a responsável por debater este assunto, o que resultou na Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. A referida Convenção entrou em vigor em 1º de dezembro de 1983 e tem a natureza de “norma-quadro de cooperação jurídica internacional.”<sup>19</sup> Ela cria obrigações recíprocas entre os Estados contratantes, buscando superar os obstáculos para uma solução justa dos casos de sequestro internacional de crianças e proteger o menor dos efeitos maléficos da sua remoção ilegal (tais como mudanças constantes de escola, endereço e amigos).

De maneira resumida, a Conferência regula os casos de subtração de menores, de até 16 anos de idade, por um dos seus genitores, sem a concordância do outro, a partir de um “sistema de cooperação jurídica internacional entre as autoridades centrais dos Estados Partes envolvidos.”<sup>20</sup> Atualmente, a Convenção conta com 96 Estados Contratantes<sup>21</sup>, sendo o Brasil

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1ª Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011, p.6.

<sup>20</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.10.

<sup>21</sup> Dados atualizados em 10/01/2017, disponíveis em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

um deles. Ela já foi responsável por resolver efetivamente milhares de casos que envolvem o sequestro internacional de menores<sup>22</sup> e, além disso, apresenta um caráter preventivo, pois desestimula que novos sequestros sejam realizados. Isso ocorre devido à

“clareza de sua mensagem de que o sequestro interparental é prejudicial à criança, que tem direito a manter contato com ambos os pais, e à simplicidade de seu instrumento fundamental, que é a ordem de restituição ao país de residência habitual da criança, que deve ser efetuada da forma mais rápida possível.”<sup>23</sup>

Assim, a Convenção se apresenta como um importante instrumento para garantir o respeito aos interesses das crianças envolvidas, em especial se comparada à autodefesa, pois garante que a decisão seja formulada por um juiz imparcial que busca a solução mais vantajosa para o menor.<sup>24</sup> Ao ratificarem a Convenção, os Estados contratantes concordaram em

“estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem. Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.”<sup>25</sup>

Importante frisar que foi criado um banco de dados sobre Subtração Internacional de Menores, o INCADAT (“The International Child Abduction Database”), em 1999, para facilitar o entendimento e em busca de uma interpretação consistente, coerente e uma efetiva aplicação da Convenção. Este sistema reúne importantes decisões tomadas com base na Convenção de Haia de 1980, em diversos países, além de outras decisões que sejam relevantes para esclarecer o debate sobre o assunto. Através dele, é possível acessar os resumos das decisões, os textos completos dos julgamentos e um compilado de análises jurídicas sobre o sequestro internacional de crianças. As informações estão disponíveis em inglês, francês e espanhol e são constantemente atualizadas, sendo utilizadas por juízes, pesquisadores, Autoridades Centrais, entre outros interessados.<sup>26</sup>

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de Haia de 1980 por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999; o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da Convenção em 19 de outubro de 1999, sendo que a mesma entrou em vigor em 1 de janeiro de 2000 e foi promulgada em 14 de abril de 2000, através do decreto

<sup>22</sup> <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaInternacional>, acesso em 08 de fevereiro de 2017.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.02.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> <http://www.incadat.com/index.cfm?act=text.text&lng=1>, acesso em 08 de fevereiro de 2017.

nº 3413.<sup>27</sup>

Além disso, no Brasil, o meio de cooperação jurídica internacional utilizado ao aplicar a Convenção é o auxílio direto. Este mecanismo se diferencia dos demais porque nele

“não há qualquer exercício de juízo de delibação. Na verdade, será exercido juízo de cognição plena, uma vez que o Estado requisitante transfere ao outro Estado a tarefa de dizer o direito em determinado litígio. Não se tem, portanto, reconhecimento ou execução de ato jurisdicional estrangeiro, mas prolação de ato jurisdicional próprio.”<sup>28</sup>

Assim, o juiz tem amplo acesso ao que é discutido no mérito do pedido formulado, “conferindo ao magistrado nacional a decisão sobre a ocorrência da ilicitude da transferência ou retenção de criança.”<sup>29</sup>

### *1.3 Considerações Gerais sobre a Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*

A Convenção inicia o seu texto destacando a preocupação com os interesses das crianças, apontando que eles “são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda”<sup>30</sup> e frisando a preocupação em proteger esses menores, “no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas.”<sup>31</sup> Normalmente essa retenção ilícita é efetuada por um dos genitores ou por parentes próximos<sup>32</sup> e reflete uma insatisfação ou insegurança com o regime de guarda adotado. Neste sentido,

“os casos mais comuns referem-se àquele cônjuge que não detém a guarda dos seus filhos e vai para outro país, onde fixa nova residência, subtraindo as crianças ao convívio do outro; ou então, embora tivesse a autorização inicial do outro para a viagem, ali retém indevidamente a criança.”<sup>33</sup>

Um fato interessante anotado pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980 é que, no começo, a maior parte dos processos envolvendo

<sup>27</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000: “Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980”.

<sup>28</sup> Parecer do Advogado-Geral da União nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, p. 45 (numeração do STF: p. 382).

<sup>29</sup> Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1ª Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011, p. 7.

<sup>30</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm)

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.01.

<sup>33</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980. Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.10.

subtração de menores dizia respeito a pais homens que se encontravam insatisfeitos com a atribuição da guarda à mãe e, como uma forma de autodefesa ou represália, levavam os filhos para o exterior. Hoje, porém, a situação mudou. O que mais se vê são mães fugindo com os filhos, buscando impedir o contato com o pai, seja por motivos de violência doméstica, profissionais, vingança ou discordâncias familiares.<sup>34</sup> E isso não acontece só no Brasil: salvo um, todos os casos mais recentes julgados no Tribunal Federal Suíço envolveram transferências feitas pela mãe do menor.<sup>35</sup>

Um ponto que merece destaque é a análise do termo “sequestro” adotado pelo Governo Brasileiro ao traduzir a Convenção. Este termo não tem o mesmo sentido daquele usado no direito penal (como no artigo 148 do Código Penal), mas um sentido próprio, qual seja, “(a) um deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou (b) a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual.”<sup>36</sup>

Para evitar dúvidas, incoerências ou entendimentos enganosos, seria relevante uma adequação do termo à realidade brasileira. Um bom exemplo são os países de língua francesa e inglesa que adotaram termos que passam a ideia de retirada/remoção ou traslado ilícito (“enlèvement” no primeiro caso e “abduction” no segundo). No site oficial da Conferência de Haia<sup>37</sup>, ao traduzir para o português, utilizou-se o termo “rapto”.

#### *1.4 Análise das disposições da Convenção de Haia de 1980 Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*

O artigo 1º da Convenção de Haia de 1980 apresenta os objetivos almejados, que são dois: “a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”<sup>38</sup> Ou seja, busca-se o retorno do menor para a situação anterior ao sequestro, por acreditar que isso é o que melhor atende aos seus interesses.

Para permitir que os processos sejam concluídos com celeridade, eficiência e justiça, o

---

<sup>34</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p. 02.

<sup>35</sup> Petição Inicial da ADI 4245, p. 11.

<sup>36</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.01.

<sup>37</sup> <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

<sup>38</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 1º.

artigo 2º<sup>39</sup> prevê que os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas para assegurar a concretização dos objetivos da Convenção, adotando, inclusive, procedimentos de urgência. Aqui, dois pontos merecem destaque: o primeiro diz respeito à ação de busca, apreensão e restituição promovida pela Advocacia-Geral da União tendo como base as disposições da referida Convenção. Esta ação não se confunde com aquela prevista no Direito Civil, sendo autônoma, própria e independente de instauração de ação de conhecimento, além de possibilitar ampla produção de provas.<sup>40</sup>

O segundo ponto diz respeito a uma dificuldade apresentada pelas autoridades brasileiras: muitos Estados signatários da Convenção têm formulado reclamações sobre o Brasil devido à lentidão na localização da criança subtraída. Em defesa, muitas vezes atribui-se essa demora à ampla extensão do território brasileiro e às poucas informações fornecidas pelo Estado requerente.

Como a Convenção regula os casos de retenção ou transferência ilícita do menor, necessário se fez a elaboração de um artigo que definisse quais seriam estas situações. Assim, é ilícita a retenção ou transferência do menor 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.”<sup>41</sup>

Percebe-se, assim, a importância deste artigo, pois ele é responsável por delimitar os casos em que a Convenção de Haia de 1980 deverá ser aplicada. Além disso, o artigo mostra que o magistrado, ao analisar um processo envolvendo um sequestro internacional, deve se ater a lei do país de residência habitual da criança, qual seja, aquele Estado em que ela vivia antes de ser subtraída. É a partir da lei deste Estado que se deve analisar se existia efetivamente um direito de guarda e se ele foi violado. Este entendimento está de acordo com o que dispõe a legislação Brasileira: “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 2º: Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

<sup>40</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.03.

<sup>41</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 3º.

<sup>42</sup> Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Art. 7º.

Além de verificar a existência do direito de guarda, o magistrado também deve se certificar de que o menor efetivamente mantinha a sua residência habitual no Estado para o qual pleiteia-se a sua devolução. Essa prova pode ser feita por meio de testemunhos (de parentes e vizinhos, por exemplo), provas documentais (tais como fotos, contas, cartas, matrícula em escola) e outros meios aceitos pelo direito.

Importante frisar que o direito de guarda deveria ter sido conferido e deveria ser efetivamente exercido antes da subtração, não bastando a sua previsão teórica e independente da sua atribuição a um dos genitores ou ao casal. Além disso, ele pode ser resultado de uma decisão judicial ou administrativa; de uma atribuição de pleno direito; ou de um acordo vigente nos termos do sistema jurídico do Estado requerente. Caso o genitor não esteja exercendo o direito de guarda ou visita devido unicamente ao sequestro perpetrado, o outro genitor não poderá alegar ausência de efetivo exercício do direito de guarda, tendo em vista que ele mesmo deu causa a isso.

Para auxiliar nos objetivos almejados pela Convenção, definiu-se, no art. 5º, o que seria direito de guarda e direito de visita. Assim, conceitua-se direito de guarda como “os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência”. Por sua vez, o direito de visita reflete “o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.” Assim, quando estiver tratando destes direitos, a Convenção adotará a definição trazida no seu texto.

Outro requisito que deve ser cumprido para a aplicação da Convenção de Haia de 1980 diz respeito à idade do menor: é necessário que ele tenha menos de 16 anos, pois, nos termos do art. 4º, “a aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.” Delimita-se, assim, um marco temporal para a aplicação da Convenção, sendo que “após alcançados os 16 anos, ao tempo da ordem de retorno, a Convenção da Haia de 1980 não poderá mais ser invocada.”<sup>43</sup>

Por fim, no que diz respeito aos requisitos exigidos, os países envolvidos no sequestro (local de residência habitual do menor e local para onde o mesmo foi levado) devem ser signatários da Convenção e devem ser mutuamente aceitos, ou seja, é necessário que eles se reconheçam “mutuamente como contratantes aptos à cooperação, nos termos da

---

<sup>43</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.07.

Convenção.”<sup>44</sup> Isso ocorre porque os países que aderiram à Convenção posteriormente devem ser reconhecidos e aceitos pelos países anteriores e apenas depois de “decorridos noventa dias a partir da data em que o reconhecimento tenha sido comunicado à Secretaria-Executiva da Conferência, poderá a Convenção passar a vigorar entre dois países.”<sup>45</sup>

Após esta análise é possível dizer, de maneira resumida, que os requisitos necessários para a aplicação da Convenção são:

- a) Os países envolvidos no sequestro devem ser signatários da Convenção e mutuamente aceitos;
- b) O menor que foi sequestrado deve ter tido residência habitual no Estado requerente;
- c) Ocorrência de violação ao direito de visita ou de guarda, tendo como base o sistema jurídico do Estado de residência habitual do menor;
- d) O menor deve ter menos de 16 anos.

Para garantir que as obrigações firmadas na Convenção sejam observadas foi designada, em cada país contratante, uma Autoridade Central, sendo possível a indicação de mais de uma nos casos de Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas.<sup>46</sup>

Além disso, as Autoridades Centrais são responsáveis por facilitar a cooperação e a colaboração entre as autoridades competentes dos países signatários, sempre buscando cumprir os objetivos da convenção, em especial o célere retorno da criança para o seu país de residência habitual. Para elucidar as atividades das Autoridades Centrais, o art. 7º estipula que elas deverão tomar todas as medidas necessárias para:

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

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 6º: Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

aplicação da Convenção;

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

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

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

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

O Brasil, apesar de ser um Estado Federal, indicou apenas uma Autoridade Central: a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, nos termos do art. 1º do Decreto nº 3.951/2001.<sup>47</sup> Aqui, a AGU (Advocacia-Geral da União) é a responsável por ingressar com a devida ação judicial, caso uma ACAF (Autoridade Central Administrativa Federal) estrangeira formule um pedido de assistência para a ACAF brasileira.

Assim, no Brasil, a União, pessoa jurídica de Direito público interno, é uma das partes legítimas para interpor uma ação judicial tendo como base a Convenção (legitimidade ativa), atuando em nome próprio, não sendo o caso de litisconsórcio ou substituição processual. Em outras palavras, “a União Federal, nesse contexto, deve ser entendida como o desdobramento no âmbito interno da República Federativa do Brasil, e não como substituta processual da parte que busca localizar, apreender e ter restituído à sua guarda o menor indevidamente subtraído.”<sup>48</sup> Importante frisar que o Ministério Público, como fiscal da correta aplicação da lei, deve “ser intimado para se manifestar e acompanhar toda ação que diga respeito a interesse de criança e adolescente, nos termos da Constituição Federal e da legislação da infância e juventude.”<sup>49</sup> Além disso, sua atuação deve ter em vista o melhor interesse da criança.

No âmbito internacional, qualquer pessoa, instituição ou organismo que necessite de assistência por acreditar que um menor tenha sido transferido, violando um direito de guarda, pode reportar o que sabe para uma Autoridade Central, seja a de residência habitual do menor ou de qualquer outro país signatário da convenção. Para auxiliar, o artigo 8º apresenta os

<sup>47</sup> Decreto nº 3951, de 4 de outubro de 2001: Art. 1º Fica designada como Autoridade Central, a que se refere o art. 6º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e Adolescentes, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 12 de junho de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

<sup>48</sup> Parecer do Advogado-Geral da União nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, p. 39 (numeração do STF: p. 376).

<sup>49</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.12.

dados e documentos necessários e relevantes para a formulação do pedido.<sup>50</sup>

Caso a Autoridade Central, ao analisar o pedido, acredite que o menor se encontra em outro país ela deverá encaminhar o pedido, acompanhado dos documentos, para a Autoridade Central do país em que acredita estar o menor. Além disso, deverá informar este acontecimento para a Autoridade Central requerente ou, se for o caso, para a pessoa requerente.<sup>51</sup> Esta medida busca atingir os resultados de forma mais célere, se afastando dos obstáculos burocráticos.

Como a Convenção coloca o interesse da criança subtraída como uma prioridade, ela privilegia a devolução voluntária da mesma, afirmando que as Autoridades Centrais, em especial a do país onde o menor se encontra, deverão fazer todo o possível para que isso ocorra. Assim, acredita que o retorno da criança ao país de residência habitual sem a necessidade de um processo judicial é o que melhor atende aos interesses dos envolvidos. No Brasil, busca-se utilizar a mediação para a solução destes conflitos, sendo que “a tentativa de conciliação que tem sido feita pela nossa autoridade central é bastante louvável e já registra 30% (trinta por cento) de casos resolvidos pelo método da composição amigável, extrajudicial.”<sup>52</sup>

Além disso, busca também a celeridade nos processos, recomendando que as autoridades judiciais e administrativas adotem medidas de urgência para viabilizar o retorno da criança. Fixa, assim, um prazo de seis semanas, contado da data em que o pedido foi formulado, como sendo o “prazo máximo” para uma decisão. Após este prazo, “o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora.”<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 8º: O pedido deve conter: a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribuí a transferência ou a retenção da criança; b) caso possível, a data de nascimento da criança; c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retomo da criança; d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança. O pedido pode ser acompanhado ou complementado por: e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante; f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria; g) qualquer outro documento considerado relevante.

<sup>51</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 9º: Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

<sup>52</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.17.

<sup>53</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 11: As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retomo da criança. Se a respectiva

Outro mecanismo previsto na Convenção que busca a celeridade e a desburocratização é a possibilidade da autoridade responsável ter acesso diretamente ao direito e às decisões judiciais e administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no país de residência habitual do menor sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.<sup>54</sup> É, assim, uma forma de flexibilização que facilita o acesso direto, por parte da autoridade, às decisões e normas de outro país, para que ela possa decidir sobre a ocorrência ou não de uma transferência ou retenção ilícita.

Caso ainda persistam dúvidas, a autoridade pode solicitar uma decisão ou um atestado fornecido pelas autoridades do país de residência habitual do menor que comprove que houve uma transferência ou retenção ilícita, desde que essa decisão ou atestado possa ser obtido no referido país.<sup>55</sup> Este documento deverá ser obtido pelo requerente, mas é dever das Autoridades Centrais dos Estados envolvidos auxiliá-lo, facilitando a obtenção do mesmo.<sup>56</sup>

Ainda tendo como fundamento a celeridade, o art. 12<sup>57</sup> da Convenção prevê que o menor deve ter o seu retorno imediatamente ordenado caso tenha decorrido menos de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo no país

---

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

<sup>54</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 14: Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

<sup>55</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 15: As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 12: Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

onde ele se encontra. Caso tenha transcorrido mais de um ano, ainda será possível ordenar o retorno da criança, exceto nos casos em que ela já se encontrar integrada no seu novo meio.

O referido artigo cria uma presunção em favor do requisitante, qual seja, a de que antes de um ano a criança ainda não se adaptou ao novo local. Com isso, permite-se que a autoridade, dentro deste prazo, conceda uma medida liminar, “ainda que, a seu critério, sem a oitiva da parte contrária”<sup>58</sup>, determinando o retorno do menor. Assim,

“quando uma criança tiver sido vítima de subtração internacional ilícita e tiver decorrido menos de 1 ano entre o início da ilicitude (transferência ou retenção) e o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional, pela ACAF, para sua restituição, o retorno da criança deverá ser determinado de imediato, sem que sejam feitas investigações quanto à eventual adaptação da criança ao novo país.”<sup>59</sup>

Após o prazo de um ano, a criança ainda poderá ser devolvida, mas “nesse caso já se abre à parte sequestradora o direito de provar que a criança se encontra adaptada ao seu novo meio.”<sup>60</sup> Assim, a vedação a produção de provas deixa de existir quando transcorrer um período maior do que um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo no país onde o menor se encontra. Percebe-se que o artigo determina uma obrigação quase indiscriminada de retorno do menor, desde que dentro do prazo referido.

Os artigos 13 e 20 da Convenção, por sua vez, apresentam algumas exceções ao retorno da criança,<sup>61</sup> ou seja, casos em que a autoridade poderá negar o retorno do menor ao seu Estado de residência habitual. Importante ressaltar que essa é uma faculdade dada à autoridade, pois, nos termos da Convenção, ela “não é obrigada a ordenar o retorno da criança” nos casos previstos; trata-se de um poder discricionário. Assim:

“A autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar:

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeito a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.”<sup>62</sup>

“O retorno da criança (...) poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos

<sup>58</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.15.

<sup>59</sup> Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1ª Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011, p. 13.

<sup>60</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, pp.15-16.

<sup>61</sup> No capítulo 3 será demonstrado que estas exceções são insuficientes para garantir os objetivos previstos na Convenção.

<sup>62</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 13.

humanos e das liberdades fundamentais.”<sup>63</sup>

A partir da leitura dos artigos é possível perceber cinco casos em que o retorno poderá ser negado: 1) na ausência do exercício efetivo do direito de guarda no momento do sequestro; 2) caso tenha ocorrido o consentimento para aquela transferência (antes ou depois da remoção); 3) caso existam perigos físicos ou psíquicos para o menor; 4) caso o menor fique em uma situação intolerável; 5) caso seja incompatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Além destas cinco hipóteses, a segunda parte do artigo 13 apresenta uma sexta situação em que é possível negar o retorno do menor: é o caso em que a criança se opõe a este retorno, desde que ela já possua idade e grau de maturidade suficientes para que a sua opinião seja levada em conta:

“A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.”<sup>64</sup>

Assim, sempre que possível e sabendo das possíveis limitações e parcialidades, recomenda-se a oitiva do menor durante o processo. O artigo também prevê que a autoridade responsável deverá levar em consideração “as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.”<sup>65</sup>

Em relação ao ônus da prova, cabe a quem alegou provar o alegado, ou seja, quem se opuser ao retorno do menor deve provar a ocorrência de alguma das circunstâncias previstas no artigo 13 ou 20 da Convenção. Isto porque entende-se que os artigos citados devem ser interpretados de forma restritiva por serem exceções a um dos objetivos almejados pela Convenção, qual seja, o retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual.

Assim, de acordo com esta visão, “não se admite a invocação de outro impedimento ao retorno que não os expressamente previstos nos arts. 13 e 20 da Convenção.”<sup>66</sup> Somado a isso, as exceções só poderiam ser aplicadas “quando não se consiga controlar e superar as situações de perigo ou risco identificadas.”<sup>67</sup> Porém, este não é o entendimento que deve prevalecer,

<sup>63</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 20.

<sup>64</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 13.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.19.

<sup>67</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo

como será demonstrado.

Retornando aos aspectos relativos ao direito de guarda, o art. 16<sup>68</sup> deixa claro que, após terem sido comunicadas sobre o sequestro do menor, as autoridades do Estado para onde a criança foi levada não devem analisar o mérito do direito de guarda. Com isso, busca evitar que o poder judiciário de um país contratante seja utilizado de forma fraudulenta para legitimar uma situação ilegal de sequestro. É, por isso, fundamental a previsão deste artigo para o alcance dos objetivos almejados pela Convenção.

Assim, as questões relativas à guarda do menor não deverão ser diretamente analisadas pela autoridade do país para onde a criança foi levada, mas sim pelo seu país de residência habitual. Em outras palavras, “o Juiz Federal somente poderá, por via reflexa ou indireta, analisar a guarda como elemento de convicção para o deferimento ou indeferimento do pedido de retorno.”<sup>69</sup> Para reforçar este entendimento, o artigo 19<sup>70</sup> prevê que as decisões sobre o retorno do menor, tomadas com base na Convenção, não afetarão os fundamentos do direito de guarda.

A Convenção também traz duas exceções a essa regra: a primeira ocorre quando ficar decidido que não estão presentes as condições previstas na Convenção para o retorno do menor; e a segunda ocorre quando transcorrer um período razoável de tempo sem que seja apresentado algum pedido de aplicação da Convenção. Nestes casos, será lícito à autoridade do Estado para onde o menor foi levado decidir sobre o mérito do direito de guarda.<sup>71</sup>

No caso Brasileiro, para evitar duas decisões conflitantes, o Juiz Federal (responsável por analisar o pedido de retorno do menor) deverá solicitar ao Juiz Estadual (responsável por uma eventual ação de guarda) a suspensão do processo até o julgamento do pedido de restituição, com base no art. 313, V, a do Código de Processo Civil<sup>72</sup>, pois “a questão relativa ao retorno da criança terá consequências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à

---

Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.20.

<sup>68</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 16: Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

<sup>69</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.30.

<sup>70</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 19: Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

<sup>71</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 16.

<sup>72</sup> Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Artigo 313: Suspende-se o processo: (...) V – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

guarda.”<sup>73</sup>

Por sua vez, o fato de ter sido formulada uma decisão relativa à guarda ou o fato de existir uma decisão sobre a guarda passível de reconhecimento no país requerido (para onde o menor foi levado) não impedem que seja determinado o retorno da criança para o seu país de residência habitual. Contudo, as autoridades poderão levar em conta os motivos desta decisão ao analisar o pedido de retorno do menor.<sup>74</sup>

O artigo 18<sup>75</sup>, reforçando um dos objetivos da Convenção de Haia de 1980, dispõe que as autoridades poderão ordenar o retorno do menor a qualquer momento. Assim, reafirma a ideia de que as limitações ao retorno da criança previstas na Convenção devem ser interpretadas de forma restritiva e que outros motivos, além dos expressamente previstos, podem servir como justificativa para a ordem de retorno.

O artigo 21<sup>76</sup> é responsável por regular as questões relativas ao direito de visita. Ele prevê que o pedido que vise a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita deve ser feito nos mesmos moldes daquele que visa o retorno do menor, além de estabelecer a competência das Autoridades Centrais para, diretamente ou através de intermediários, iniciar ou favorecer os procedimentos legais cabíveis, buscando sempre organizar ou proteger o referido direito.

Somado a isso, cabe às Autoridades Centrais promover o exercício pacífico e completo do direito de visita, removendo todos os possíveis obstáculos, pois além de ser um direito dos genitores, é uma garantia para que o menor tenha plena assistência e convivência com ambos os pais. Esta disposição está de acordo com o art. 1.589 do Código Civil Brasileiro<sup>77</sup> e serve

---

<sup>73</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.30.

<sup>74</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 17: O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

<sup>75</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 18: As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

<sup>76</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 21: O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança. Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito. As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

<sup>77</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Art. 1.589: O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo

também como forma de prevenção para novos sequestros, pois a “vedação ao exercício pleno do direito de visita pode ocasionar novas subtrações, como mostra a experiência internacional nessa área”.<sup>78</sup>

O capítulo V da Convenção de Haia de 1980 traz algumas disposições gerais que devem ser observadas visando a melhor aplicação da mesma. O artigo 22<sup>79</sup> dispõe que não poderão ser exigidos depósitos ou cauções (qualquer que seja o termo usado) para garantir o pagamento das despesas e dos custos dos processos relativos à Convenção. Essa disposição reforça a ideia da necessidade de ajuda recíproca entre os países, além de ser uma proteção para o genitor que teve o seu filho subtraído, pois evita que pessoas e instituições mal intencionadas se aproveitem do momento delicado para cobrar valores indevidos.

Para facilitar a utilização da Convenção, desburocratizando os procedimentos e auxiliando os genitores, o artigo 23<sup>80</sup> prevê que não serão exigidas nenhuma legalização ou formalidade no contexto da referida Convenção. Assim, mostra mais uma vez a preocupação com a simplicidade e celeridade nos procedimentos cabíveis.

Os documentos necessários em um processo, tais como o pedido e as comunicações, serão formulados na língua original do país requisitante, mas devem ser acompanhados de tradução na língua oficial do país requerido. Quando esta tradução for de difícil realização, poderá ser encaminhada uma tradução em francês ou inglês.<sup>81</sup> No caso brasileiro, foi feita uma ressalva expressa a este artigo, afirmando que os “documentos relativos a casos de sequestro deverão ser apresentados acompanhados de traduções para o Português feitas por tradutor juramentado.”<sup>82</sup>

Reforçando a ideia de cooperação internacional e buscando auxiliar e proteger as pessoas envolvidas, estabeleceu-se que os nacionais e as pessoas que habitualmente residam

---

juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

<sup>78</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.34.

<sup>79</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 22: Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

<sup>80</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 23: Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

<sup>81</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 24: Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês. No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se á utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

<sup>82</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.35.

em um país contratante terão direito à assistência jurídica e judiciária nos outros países signatários, “nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam”<sup>83</sup>, em todas as questões relativas à utilização da Convenção.

No caso brasileiro, quem presta essa assistência é a Advocacia-Geral da União, sem ônus para o requerente. Assim, ela é responsável por “demandar judicialmente para a promoção dos interesses da Autoridade Central, no que diz respeito ao imediato regresso das crianças e adolescentes ao Estado de sua residência habitual, bem como, na promoção de direitos de visitas”<sup>84</sup>, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal.<sup>85</sup>

A Autoridade Central de cada país contratante é responsável por arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção, não podendo exigir do requerente o pagamento de custas e despesas relativas ao processo (seja pela apresentação do pedido, participação de advogado, etc.). Porém, é possível que o país signatário faça uma ressalva afirmando que não se obriga ao pagamento das referidas despesas, “exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica”<sup>86</sup>. Por outro lado, as Autoridades poderão cobrar da pessoa que reteve o menor ou impediu o exercício do direito de visita todos os gastos efetuados pelo requerente ou em seu nome, ou seja, as despesas relativas ao retorno do menor, à representação judiciária, à localização da criança, entre outras.

A Autoridade Central não é obrigada a receber os pedidos que lhe são encaminhados

---

<sup>83</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 25: Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

<sup>84</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.35.

<sup>85</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 131: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

<sup>86</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 26: Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção. A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança. Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica. Ao ordenar o retorno da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

se concluir que os mesmos não têm fundamento ou que as condições exigidas pela Convenção não estão presentes, mas deverá informar ao requerente ou a Autoridade Central do país requerente sobre a sua decisão. Poderá, também, exigir uma autorização escrita que lhe confira poderes para agir em nome do requerente (ou para nomear um representante). Somado a isso, os pedidos, documentos e informações apresentados para um Estado Contratante, diretamente ou através das Autoridades Centrais, tendo como base a aplicação da Convenção, deverão ser admissíveis “para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.”<sup>87</sup>

Buscando mais uma vez facilitar o alcance dos objetivos almejados e se preocupando com a celeridade e simplicidade, a Convenção reforça a ideia de que a sua existência não impede que os interessados procurem diretamente as autoridades responsáveis de qualquer país signatário, tendo como base ou não as disposições da Convenção. Além disso, permite que os Estados Contratantes façam um acordo entre si, derogando determinadas disposições, para evitar restrições a que poderia estar sujeito o retorno do menor. Por fim, nada impede que

“outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.”<sup>88</sup>

Tendo em vista o exposto percebe-se a importância da Convenção de Haia de 1980 para regular os casos que envolvam o sequestro internacional de menores de 16 anos. A Convenção já ajudou a solucionar muitos casos: no Brasil, por exemplo, entre 2003 e 2009 foram recebidos, de países estrangeiros, 210 pedidos de retorno da criança ou regulamentação de visitas. Destes, 115 foram encaminhados para análise da AGU, que aceitou 77 casos, ingressando com ações de busca e apreensão ou de regulamentação de direito de visita perante a Justiça Federal. Em 54 casos houve acordo ou ordem judicial favorável ao retorno do menor, sendo que 23 foram através de mediação promovida pela ACAF ou pelos advogados das partes; 12 através de mediação em âmbito judicial; e 19 tiveram uma solução por outra via.<sup>89</sup>

Uma divergência que envolve a aplicação da Convenção diz respeito à interpretação

<sup>87</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 30: Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

<sup>88</sup> Decreto 3413, de 14 de abril de 2000, Art. 34.

<sup>89</sup> Dados disponíveis na Nota Técnica ACAF/SEDH 02/2009, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245 (numeração no STF: pp. 151-154).

que está sendo dada ao artigo 12 quando da resolução dos processos. Assim, a análise feita no presente trabalho demonstrará a necessidade de sua aplicação tendo como base o princípio do melhor interesse da criança, independente do prazo transcorrido entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo no país onde a criança se encontra. Sendo um dos principais objetivos almejados pela Convenção, não pode ser um simples prazo temporal o responsável por ignorar este princípio, prejudicando o menor envolvido.

## 2. O Princípio do Melhor Interesse da Criança

### 2.1 Fundamentos Legais Internacionais

A Organização das Nações Unidas, reforçando a sua preocupação com a integridade e os interesses das crianças, proferiu a “Declaração dos Direitos da Criança”, que foi adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959. Nela, firmou-se a ideia de que a “criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento”<sup>90</sup> e que “a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços.”<sup>91</sup>

O objetivo da Declaração é permitir que a criança tenha uma infância feliz, podendo gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, dos direitos e das liberdades que lhe são assegurados. Além disso, apela para que todas as pessoas, organizações, autoridades e Governos reconheçam os direitos ali previstos e se dediquem para a sua plena realização e efetivação, tomando como base os princípios elencados na Declaração.

Assim, é possível dizer que a partir deste documento internacional houve o efetivo e evidente reconhecimento da necessidade de proteção específica e individualizada dos interesses das crianças, culminando no princípio do melhor interesse da criança (“best interest of child”). Esta conclusão é reforçada pelo princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança:

“A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.

**Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.”** (grifo nosso)

Dessa forma, o menor deixa de ser somente um membro integrante da família, subordinado aos interesses dos pais, e passa a ser um indivíduo próprio, com direitos e deveres individualizados. Passa, assim, de uma posição passiva, de objeto de proteção, para uma situação ativa, de sujeito de direitos.<sup>92</sup> Em outras palavras, deixa de ser somente parte integrante do complexo familiar para ser considerado mais um membro individualizado naquela família que, “em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de

<sup>90</sup> Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959; Preâmbulo.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.”<sup>93</sup>

Depois da Declaração dos Direitos da Criança outros instrumentos internacionais, reforçando a preocupação com os direitos dos menores, reafirmaram o princípio do melhor interesse da criança. É o caso da “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”<sup>94</sup> e as “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing”<sup>95</sup>, respectivamente:

“Artigo 17. Proteção da família

(...)

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, **com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.**”<sup>96</sup>

(grifo nosso)

“17) Princípios norteadores da decisão judicial e das medidas:

17.1. A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:

a) A resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade.

b) As restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível.

c) Não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada;

**d) O bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.**”<sup>97</sup>

(grifo nosso)

Em 1989, a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, um dos principais instrumentos internacionais no que diz respeito à proteção dos menores, consolidou o princípio do melhor interesse da criança:

“Art. 3

1-Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.**”<sup>98</sup> (grifo nosso)

Este diploma merece destaque, pois é o instrumento de direitos humanos mais aceito

<sup>93</sup> Convenção Sobre os Direitos da Criança. Preâmbulo.

<sup>94</sup> Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, na data de 22 de novembro de 1969.

<sup>95</sup> Recomendadas no 7º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinquente, realizado em Milão, de 26/08 a 06/09/1985, e adotada pela Assembleia Geral em 29/11/85.

<sup>96</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, Artigo 17.4.

<sup>97</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing, Artigo 17.

<sup>98</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, Artigo 3.1.

na história universal, sendo ratificado por 196 países.<sup>99</sup> Ele foi adotado por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e teve como base a ideia de que aqueles que estão na infância têm direito a cuidados e assistências especiais. A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece, assim, os direitos econômicos, sociais e culturais das crianças e ratificá-la “implica revisar a legislação nacional sobre infância e juventude para harmonizá-la com os dispositivos ali estatuídos.”<sup>100</sup>

Assim, estabeleceu-se no cenário internacional um quadro de proteção especial aos direitos assegurados aos menores, tendo como princípio norteador o melhor interesse da criança.

## 2.2 Fundamentos Legais Nacionais

Tendo em vista a mudança de perspectiva em relação à criança no cenário internacional e tomando como base as novas disposições de proteção ao menor, o Brasil também adequou os seus diplomas legais para que eles refletissem esta especial preocupação com aqueles que estão na infância, consolidando o princípio do melhor interesse da criança.

Nesta linha, quatro destes diplomas merecem destaque: em primeiro lugar temos a Constituição Federal de 1988 que consolida a doutrina de proteção integral ao menor e sintetiza os principais direitos garantidos na Convenção sobre os Direitos da Criança. Ela estabelece que:

“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta **prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”<sup>101</sup>  
(grifo nosso)

Em segundo lugar destaca-se o Código Civil que no seu artigo 1.612 utiliza o princípio do melhor interesse da criança para disciplinar as questões relativas à guarda: “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de **quem melhor atender aos interesses do menor**”.(grifo nosso)

<sup>99</sup> [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm), acesso em 23 de fevereiro de 2017.

<sup>100</sup> ANDRADE, Anderson Pereira de Andrade. *A Convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios*. In: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, V. 15, jan./jun. 2000, p. 12.

<sup>101</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Artigo 227.

Em terceiro lugar temos a Convenção sobre os Direitos da Criança, já citada. Ela foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, culminando no Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, e passou a vigorar em território brasileiro em 23 de outubro de 1990. Neste diploma, o artigo que merece destaque é o 3.1 que conceitua e consolida o princípio do melhor interesse do menor:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.**”  
(grifo nosso)

Por fim, em quarto lugar está o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>102</sup> que foi formulado para consolidar e efetivar as diretrizes previstas na Constituição Federal. Atualmente, no cenário nacional, é o principal instrumento de proteção e efetivação dos direitos das crianças<sup>103</sup>, além de ser reconhecido internacionalmente como um dos mais avançados diplomas legais dedicados à garantia destes direitos.

O Estatuto tem como objetivo primordial garantir a proteção integral dos menores e, para isso, apresenta duas propostas fundamentais:

“a) garantir que as crianças e adolescentes brasileiros, até então reconhecidos como meros objetos de intervenção da família e do Estado, passem a ser tratados como sujeitos de direitos; b) o desenvolvimento de uma nova política de atendimento à infância e juventude, informada pelos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa (com a consequente municipalização das ações) e da participação da sociedade civil.”<sup>104</sup>

Para os fins almejados neste estudo, quatro artigos do ECA merecem destaque: artigos 3º, 4º, 15 e 100, parágrafo único. Os artigos 3º, 4º e 15 reforçam os direitos que devem ser garantidos às crianças dispondo, respectivamente:

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

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

<sup>102</sup> Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990: “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”.

<sup>103</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 2º, que “considera-se criança (...) a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Neste trabalho, o termo criança será utilizado no sentido previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, ou seja, todo ser humano com menos de 18 anos de idade. Assim, não será feita a distinção entre criança e adolescente prevista no ECA.

<sup>104</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Anotado e Interpretado*. 6ª edição, 2013, p. ii.

“Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 100 traz expressamente alguns princípios que devem ser observados. Três merecem uma atenção especial: o da condição da criança como sujeito de direitos, que reforça a ideia de que o menor não está mais em uma situação passiva, como mero integrante da família, mas sim em uma situação ativa de sujeito de direitos; o da proteção integral e prioritária, que destaca a necessidade da proteção especial aos direitos das crianças; e, por fim, o do interesse superior do menor, refletindo o princípio do melhor interesse da criança:

“Art. 100

Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I – condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II – proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

(...)

IV – interesse superior da criança e do adolescente: **a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente**, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;”<sup>105</sup> (grifo nosso)

Percebe-se, então, que o princípio do melhor interesse da criança já está inserido e integrado no cenário nacional e internacional, não restando dúvidas acerca da sua aplicabilidade e da necessidade de sua observância, estando expressamente previsto em instrumentos internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, e em documentos nacionais, como o ECA. Assim, ao formularem as suas decisões, os operadores do direito devem sempre levar em consideração os direitos acima expostos e, em especial, o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser aplicado em todas as relações jurídicas que envolvam os direitos dos menores.

### *2.3 Análise do Princípio do Melhor Interesse da Criança*

Após esta breve exposição sobre as bases legais, necessário se faz uma melhor conceituação do princípio do melhor interesse da criança. Este princípio nada mais é do que a

<sup>105</sup> Importante destacar que os referidos incisos foram inseridos no art. 100 apenas em 2009, 19 anos após a promulgação do ECA, através da lei nº 12.010, que buscou aperfeiçoar a sistemática prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

necessidade de se colocar os direitos e os interesses das crianças como prioridade e referência, seja no momento de criação de leis e programas sociais, seja no momento de decisão dos casos. Assim, o interesse do menor deve prevalecer sobre o interesse de quaisquer outras instituições ou pessoas, devendo-se levar em consideração aquilo que for mais benéfico para ele. Reflete, então, a necessidade de se garantir a plena efetivação dos seus direitos fundamentais, sempre com prioridade.

Em outros termos, o princípio reforça a ideia de que o menor precisa de um cuidado especial para que possa “se desenvolver adequadamente, face a condições especiais atinentes à sua faixa etária.”<sup>106</sup> Destaca, desta forma, a necessidade dos interesses das crianças se sobreponem “a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da Criança e do Adolescente como pessoas em desenvolvimento.”<sup>107</sup> De maneira resumida pode-se dizer que “todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior.”<sup>108</sup>

Importante destacar que este princípio deve ser aplicado a todas as crianças de forma igual, sem distinção entre elas, como prevê o artigo 2.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

“Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.”

Tal princípio, devido à sua importância, deve atuar especialmente em duas áreas: em primeiro lugar, deve servir como norteador para o legislador no momento de produção das normas jurídicas e, em segundo lugar, deve ser a base para as decisões formuladas pelo aplicador do direito. Assim, ele deve ser “tanto orientador para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas.”<sup>109</sup>

<sup>106</sup> MENDES, Moacyr Pereira. *A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente a lei 8.069/90*. São Paulo: PUC/SP, 2006. Dissertação (Mestrado). p. 58.

<sup>107</sup> Idem. p. 54.

<sup>108</sup> Convenção sobre os Direitos da Criança. Resumo não oficial das principais disposições. Disponível em: [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf), p. 6.

<sup>109</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12). Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

No Brasil, o princípio “tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância”<sup>110</sup>, se apresentando como um critério de extrema relevância nas decisões e na aplicação da lei.

Em relação à utilização prática do princípio, a sua aplicação não reflete uma faculdade dada aos referidos profissionais, mas sim uma obrigatoriedade de observância deste princípio, com absoluta prioridade, tendo em vista que o mesmo se classifica como um direito fundamental do menor.

A obrigatoriedade de aplicação do princípio também decorre do fato de que estes cuidados especiais em relação às crianças são consequência da sua situação de debilidade, inexperiência, imaturidade e fragilidade, “uma vez que se encontram em período crucial de desenvolvimento, amadurecimento e formação de personalidade e caráter.”<sup>111</sup> Assim, pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança vem para assegurar aos menores o seu pleno desenvolvimento e uma adequada formação cidadã, não permitindo que eles sofram abusos de poder pelo lado mais forte da relação jurídica.

É preciso esclarecer que o melhor interesse da criança não necessariamente corresponde ao interesse dos seus pais ou responsáveis, devendo ser realizada uma separação entre estes interesses. Via de regra, os genitores, quando interferem na esfera jurídica de seus filhos, utilizando-se do poder familiar que lhes é conferido, não devem fazê-lo tendo em vista o seu próprio interesse, mas sim o que melhor atenda aos interesses dos menores. Em outras palavras: “ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. 'O bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais'.”<sup>112</sup>

Porém, nem sempre isso ocorre e muitas vezes a interferência dos pais pode ser prejudicial ao menor, indo de encontro aos seus interesses e prejudicando os seus direitos. Por isso, as autoridades devem se atentar para o fato de que as crianças são, isoladamente, sujeitos ativos de direitos e que nem sempre o interesse dos genitores corresponde ao que é melhor para elas.

Ainda nesta linha, é importante ressaltar que não existe uma presunção de que um cônjuge esteja mais apto a cuidar do filho, simplesmente pelo sexo. Pelo contrário, cada caso deve ser estudado levando em conta as suas particularidades, sem presunções, e os cônjuges

<sup>110</sup> PEREIRA, Tânia Da Silva. *O Princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática*. p. 1.

<sup>111</sup> FONSECA, Carolina Lattario. *Paternidade Socioafetiva, Adoção à Brasileira e suas Atuais Implicações*. Rio de Janeiro. Dezembro de 2013.

<sup>112</sup> PEREIRA, Tânia Da Silva. *O Princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática*. p. 2.

devem ser tratados de forma igualitária. Exemplificativamente, nos Estados Unidos, aplica-se a teoria do *tie breaker*, segundo a qual “todos os fatores são igualmente considerados e que, portanto, deve prevalecer uma aplicação neutra do melhor interesse da criança.”<sup>113</sup>

Por sua vez, aplicar o princípio do melhor interesse da criança também não reflete necessariamente a vontade do menor. É claro que, quando possível, ele deve ser ouvido e a sua opinião deve ser levada em consideração. Porém, muitas vezes os seus depoimentos são carregados de parcialidades e falta de entendimento quanto a real dimensão e proporção do problema. Por isso, a autoridade responsável, quando achar prudente, deve ouvir o menor e levar em conta a sua opinião, mas sabendo que não necessariamente esta vontade vai refletir o que é melhor para ele naquele momento. Assim, uma decisão que faça valer o princípio do melhor interesse da criança não corresponderá necessariamente à vontade manifestada pelo menor.

Para concluir, percebe-se que o princípio do melhor interesse da criança funciona como um ponto de referência para assegurar a efetivação e a realização de todos os direitos que são assegurados às crianças nos diversos diplomas nacionais e internacionais. Se observado, este princípio permitirá que as crianças desenvolvam plenamente as suas potencialidades e, por isso, as ações dos Estados e da sociedade devem sempre se mover neste sentido.<sup>114</sup>

Assim, o princípio é de fundamental importância em todas as esferas da sociedade, sendo necessária a sua observância por todos: profissionais do direito, pais, instituições, Estado, etc. Com previsões legais claras e delimitadas, no âmbito nacional e internacional, mister se faz sua utilização em todas as esferas e em todos os âmbitos do direito, sempre tendo em vista a proteção das crianças. Sua concreta aplicação deve ser uma prioridade para os governos, pois ele é fundamental para assegurar os direitos que são conferidos aos menores.

#### *2.4 Aplicação do Princípio do Melhor Interesse da Criança no Brasil*

Após o estudo dos fundamentos legais nacionais e internacionais do princípio do melhor interesse da criança e a análise de seus principais aspectos teóricos, relevante se faz a

---

<sup>113</sup> Idem. p. 3.

<sup>114</sup> Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

apresentação de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que demonstram a aplicação do referido princípio na prática forense brasileira.

Importante destacar que, na prática, o princípio do melhor interesse da criança deve ser analisado levando-se em conta as necessidades do menor naquela circunstância específica, naquele determinado momento e considerando as particularidades daquele caso. Assim, não existe uma regra fixa que determine qual decisão deve ser adotada, sendo necessário que o operador do direito avalie, em cada caso concreto, qual solução vai melhor atender às necessidades da criança, garantindo-lhe maior proteção.

Assim, a aplicação do princípio no caso concreto não é algo simples e automático, demandando uma correta observância dos princípios constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente e em outros diplomas de proteção dos direitos das crianças, além de uma avaliação técnica criteriosa de diversos profissionais de outras áreas. Sendo assim, as autoridades responsáveis não podem se valer do princípio do melhor interesse da criança para aplicar arbitrariamente uma medida, a seu critério exclusivo, sem a devida análise do caso concreto. Pelo contrário, é

“fundamental que a Justiça da Infância e da Juventude atue de forma responsável, a partir da análise do caso sob a ótica interdisciplinar e em respeito aos princípios e parâmetros normativos vigentes, tendo a compreensão que o objetivo de sua intervenção não é a “aplicação de medidas”, mas sim, em última análise, a proteção integral infanto-juvenil (...), da forma mais célere e eficaz possível (...)”<sup>115</sup>

Além disso, por mais que a lei traga previsões claras e proteja diversos direitos das crianças, ela não tem a capacidade de, sozinha, alterar a realidade social. Na verdade, o que consegue transformar a sociedade é o exercício efetivo dos direitos assegurados nas leis, através de “uma atuação firme e decidida daqueles que, de uma forma ou de outra, detém o poder e, por via de consequência, a responsabilidade para criar as condições e os meios indispensáveis ao exercício de tais direitos.”<sup>116</sup>

Por estes motivos, se mostra relevante analisar a aplicação dos direitos e dos princípios estudados nos casos concretos. Para consolidar o que foi apresentado até aqui, destacam-se os seguintes julgados:

Um recurso em particular merece atenção especial, pois sintetiza em muitos aspectos o que foi apresentado até o momento. É o voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 964.836/BA, que trata sobre a guarda de dois menores que está sendo

<sup>115</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Anotado e Interpretado*. 6ª edição, 2013, p. 141.

<sup>116</sup> Idem. p. ii.

disputada entre os seus genitores. Sobre a necessidade de separação dos interesses do menor e de seus pais, a Ministra afirma:

“Ressalte-se que, neste processo, assim como em qualquer outro em que se discute a guarda de menores, **não se está tratando do direito dos pais – postulantes da guarda –, mas sim, e sobretudo, do direito dos menores** a uma estrutura familiar que lhes confira segurança, amor, afeto e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado e que mantenha preservada a integridade física, psíquica, emocional, intelectual e espiritual da criança e do adolescente.

**Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor**, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a **salvaguarda do direito da criança e do adolescente**, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.

Sobremodo, devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA.” (grifo nosso)

Além disso, sobre a necessidade de ouvir a criança acerca dos seus interesses, mas sempre levando em conta o arcabouço probatório formado nos autos, ensina:

“Portanto, **considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes**, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à recorrente, invertendo-se o direito de visitas.” (grifo nosso)

Por fim, em se tratando da aplicação do princípio do melhor interesse da criança, destacam-se os seguintes trechos do referido voto:

“Melhores condições para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o **atendimento ao melhor interesse da criança**, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo.

(...)

Ressalte-se, que para se chegar a essa conclusão não há propriamente o empeco da Súmula 7/STJ, **porquanto em processos deste jaez, em que se tem nas mãos a responsabilidade de decidir a vida futura de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, deve prevalecer o princípio da prevalência e salvaguarda absoluta e irrestrita do interesse do menor.**” (grifo nosso)

A partir da pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça<sup>117</sup>, percebeu-se que a maior parte dos casos que envolvem a aplicação do princípio do melhor interesse da criança diz respeito à adoção e guarda. É o caso do Recurso Especial nº 1.628.245, em que o

<sup>117</sup> Pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.jus.br/SCON/>), por amostragem, entre os dias 20 e 24 de fevereiro de 2017, a partir dos termos “princípio do melhor interesse do menor” e “melhor interesse da criança”.

Ministro Relator Raul Araújo, ao tratar da adoção, afirma que:

“É certo, contudo, que a observância de tal cadastro, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao **princípio do melhor interesse do menor**, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

**A formalidade do cadastro de adotantes não pode constituir um óbice intransponível para o processamento do pedido, devendo, acima de tudo, observar-se o fim social a que se destina a lei e o princípio do melhor interesse do menor.”** (grifo nosso)

Acompanha este entendimento o seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE SIMULAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. 1. **O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.** As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA. 2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção intuitu personae, a chamada "adoção à brasileira", ao menos até o julgamento final da lide principal. 3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. **4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.** 5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção. **Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.** 6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. **Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.** 7. Ordem concedida. (HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe de 28/02/2014) (grifo nosso)

O voto do Ministro Raul Araújo, no Recurso Especial nº 1.567.812/SC, reforça a necessidade de análise do caso concreto, com as suas particularidades, para determinar qual solução melhor atende aos interesses da criança:

**“Essa situação, com a devida vênia, parece ser a que menos atende ao interesse das crianças, que atualmente já estão com mais de cinco anos de idade e integradas**

a um lar. Isso, porque os menores serão encaminhados para abrigo, pois não há como serem entregues à mãe biológica, sem que possam, ao mesmo tempo, ser adotados por outro casal, diante da manutenção do poder familiar. Desse modo, parece mais consentâneo com o **princípio da proteção integral** afastar-se a nulidade apontada. Esta Corte, na análise de casos em que era apontada a existência do mesmo vício, ausência de consentimento da mãe biológica prestado em audiência para a adoção, afastou a nulidade, ressaltando que **as formalidades legais devem ser apreciadas de acordo com o caso concreto. De fato, no contexto do princípio do melhor interesse da criança, as normas devem ser conjugadas com a variedade de fatores que envolvem o bem-estar dos menores.**

(...)

**Assim, não é possível afastar os olhos da situação fática estabelecida para fazer preponderar valores em tese.** (...) Os danos psicológicos são constatáveis de pronto e são de difícil reparação. Se serão ocasionados pelos adotantes ao descumprirem as ordens judiciais, ou se decorrem do próprio sistema de adoção, não importa, o fato é que atingem menores, cuja proteção e bem-estar imantam todo o sistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se não é possível premiar a má-fé dos requerentes, também não é possível que por ela respondam crianças de tenra idade;

(...)

Desta feita, **deve-se analisar a situação fática apresentada nos autos, a fim de averiguar o benefício que as crianças poderão obter com a procedência do pedido.** Logo, o estudo social realizado na casa dos demandantes, onde também reside os adotandos, assume grande importância, uma vez que reproduz o dia-a-dia vivenciado pelos interessados e portanto deve servir como caminho norteador da decisão judicial.” (grifo nosso)

Em se tratando de direito de guarda e de visitação, o Ministro Moura Ribeiro, no julgamento do Recurso Especial nº 1.497.628/DF, decidiu que:

**“O direito de visitação garantido ao pai ou mãe que não detenham a guarda do filho, não obstante a sua natureza afetiva, não tem caráter definitivo e não é absoluto. Ele pode ser restringido temporariamente ou suprimido em situações excepcionais, como na hipótese em que tal direito confronte diretamente com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, consagrado no art. 227 da CF/1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), de modo que eles tenham sua integridade física e emocional preservadas.**

(...)

Pelo que foi exposto, não há ofensa a nenhum dos dispositivos legais apontados como violados, bem como **o melhor interesse da adolescente estará preservado** com a revogação do direito de visitas, pois a ausência momentânea do visitante não trará maiores consequências para ela, considerando que entre eles não se formou um vínculo afetivo e ela não reconhece nele alguma referência paterna.

(...)

**A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, deve se sobrepôr ao direito de convivência do pai com a filha. Pelo menos é o que as circunstâncias do caso concreto recomendam, devendo o Poder Judiciário cumprir seu dever de proteção à criança e ao adolescente.”** (grifo nosso)

O princípio do melhor interesse da criança também é utilizado para definir o juízo competente para julgar o caso, como no Conflito de Competência nº 114.782/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, e no Conflito de Competência nº 33.935/AC, no voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, respectivamente:

“Releva, inicialmente, fixar que **nas ações que envolvam interesses de menores – notadamente no caso da guarda – os direitos dos genitores quanto à aplicação das regras processuais e mesmo no que toca a alguns aspectos do direito material, se submetem ao interesse primário do menor, objeto central das proteções legais incidentes para essa hipótese.**

Assim, nem sempre a aplicação pura e simples da lei, in casu, do art. 87 do CPC, garante solução adequada ao conflito. **Porque uma interpretação literal do ordenamento legal pode triscar o princípio do melhor interesse da criança, cuja intangibilidade deve ser preservada com todo o rigor.**

Sob esse enfoque, **a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda, deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente,** como a do art. 87 do CPC.”

“No caso em exame, conquanto ambos os pais conservem o pátrio poder, uma vez configurada a disputa da menor por um e por outro, o norte a guiar o intérprete haverá de ser o da guarda do infante. Nesse sentido orienta-se, com razão o parecer exarado pelo Ministério Público Federal, que a fls. 119/120 pondera: **'Assim, conquanto o art. 231 do Código Civil estatua ser dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos, bem é possível que no interesse do menor, essa guarda seja deferida a apenas um dos consortes, a despeito de conservarem ambos o pátrio poder da criança.**

(...)

**Tratando-se de disposição relativa a interesse do menor, de ordem pública, a competência é absoluta, não podendo ser derogada pelo magistrado ou pela disposição contrária dos interessados.**

(...)

Esta Seção tem jurisprudência firmada no sentido de que, **'segundo princípio norteador do 'Direito do Menor', que, aliás, estava até mesmo inserido no anterior Código do Menor, em seu art. 5º, 'a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado'. 'Em outras palavras, seguindo recomendação internacional a partir de Oxford, em 1974, o juiz deve observar a prevalência do Direito do Menor, em sua finalidade pedagógica e protetional, sobre as genéricas regras do Direito'". (grifo nosso)**

Importante destacar que os julgados trazidos acima reforçam a ideia de que o princípio do melhor interesse da criança deve servir de base para a análise das disposições legais, ou seja, as normas devem ser interpretadas e aplicadas levando-se em consideração o referido princípio, mesmo que isso implique em uma flexibilização das mesmas.

Nesta linha, afirmando a necessidade do princípio ser o norte para a aplicação do direito e a necessidade de analisar as particularidades do caso concreto, o Ministro Massami Uyeda, no julgamento do Recurso Especial nº 1.186.086/RO, afirma que:

“Portanto, veja-se, como sói acontecer, que, em processos desta natureza, vale dizer, **onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.**

(...)

**Na esteira desse raciocínio, e ponderando os argumentos e contra-argumentos, bem assim a relação havida entre o pretense guardião e o menor de um lado, e de, de outro, as circunstâncias em que vive a genitora da criança, tudo, diga-se, ao sopro do já mencionado princípio do maior interesse, aqui tomado como regra de interpretação,** esta Relatoria está em que a melhor compreensão da matéria consiste em deferir a guarda do petiz para o seu avô materno.” (grifo nosso)

No mesmo sentido caminha o voto da Ministra Nancy Andrichi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.106.637/SP:

“O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. **Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.**

(...)

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas -, **deve o Juiz pautar-se em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança**, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.” (grifo nosso)

Por fim, uma frase, proferida pela Ministra Nancy Andrichi no julgamento do Recurso Especial nº 993458/MA, merece destaque por delimitar como deve ser a atuação do Judiciário nos casos que envolvem os interesses dos menores: “Se as partes concordam com a procedência do pedido de guarda, não será o Poder Judiciário que deixará a marca da beligerância nessa relação pacífica, quando **deve apenas assegurar que o melhor interesse da criança seja o resultado da prestação jurisdicional.**” (grifo nosso)

Assim, percebe-se como o entendimento do princípio, englobando tanto os seus preceitos teóricos como a sua aplicação prática, é de fundamental importância para todos e não apenas para os operadores do direito, tendo em vista que o mesmo garante a efetivação dos direitos que são garantidos de forma especial aos menores, devido a sua situação particular de formação e desenvolvimento.

### **3. Análise do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e o Princípio do Melhor Interesse da Criança**

#### *3.1 Introdução*

O presente trabalho busca analisar a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 em um caso concreto, em especial no que se refere à necessidade (ou não) de sua comunicação com o princípio do melhor interesse da criança. De maneira sucinta, o artigo 12<sup>118</sup> prevê que o menor deve ter o seu retorno imediatamente ordenado caso tenha decorrido menos de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo no país onde ele se encontra. Caso tenha transcorrido mais de um ano, ainda será possível ordenar o retorno da criança, exceto nos casos em que ela já se encontrar integrada no seu novo meio.

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

É importante destacar que este artigo cria uma presunção em favor do requisitante, qual seja, a de que antes de um ano a criança ainda não se adaptou ao novo local. Com isso, permite-se que a autoridade, dentro deste prazo, conceda, automaticamente, uma medida liminar, “ainda que, a seu critério, sem a oitiva da parte contrária”<sup>119</sup>, determinando o retorno imediato do menor ao seu país de residência habitual, sem analisar as particularidades do caso concreto e ignorando o melhor interesse do menor.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse da criança<sup>120</sup> reflete a necessidade de se colocar os direitos e os interesses das crianças como prioridade e referência, sendo que este interesse deve prevalecer sobre o de quaisquer outras instituições ou pessoas, devendo-se levar em consideração aquilo que for mais benéfico para a criança.

---

<sup>118</sup> Remetemos o leitor ao capítulo 1 do presente trabalho.

<sup>119</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.15.

<sup>120</sup> Remetemos o leitor ao capítulo 2 do presente trabalho.

Busca-se, assim, neste trabalho, uma análise da norma *vis-à-vis* o referido princípio, pois muitas vezes esta ordem de retorno imediato, simplesmente por existir um lapso temporal menor do que um ano, pode não atender aos interesses do menor, prejudicando-o e piorando a sua condição de vida. Assim, questiona-se se o artigo 12 da Convenção deve ser aplicado de forma automática, levando-se em consideração apenas o lapso temporal entre a transferência ou retenção indevidas e o início do processo, ou se o juiz deve considerar primordialmente o melhor interesse do menor envolvido naquele litígio, analisando as particularidades de cada caso para determinar qual será a decisão mais benéfica para ele.

### *3.2 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e a sua relação com a Convenção de Haia de 1980, o ordenamento jurídico internacional e as disposições legais nacionais*

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em sua introdução, afirma a necessidade de observância do melhor interesse da criança: “[o]s Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que **os interesses da criança são de primordial importância** em todas as questões relativas à sua guarda; **desejando proteger a criança**, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas (...) decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições”. (grifo nosso)

Além disso, importante recordar que a Convenção de Haia foi criada em um cenário internacional de proteção e efetivação dos direitos da criança, refletindo uma tentativa de superar os obstáculos para uma solução justa dos casos de sequestro internacional de crianças e proteger o menor dos efeitos maléficos da sua remoção ilegal. Ao ratificarem a Convenção, os Estados contratantes concordaram em estabelecer um regime internacional de cooperação, que tem por objetivo “localizar a criança, avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, **se for o caso**, ao seu país de origem. **Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor.**”<sup>121</sup> (grifo nosso)

Percebe-se, com isso, que mais do que garantir o simples retorno da criança ao seu país de origem, a Convenção se preocupou em proteger os interesses e os direitos que são garantidos ao menor. Nessa linha, o Ministro Humberto Martins afirma que “a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a

---

<sup>121</sup> Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980, p.02.

tutela do princípio do melhor interesse da criança”<sup>122</sup>, ou seja, a sua finalidade principal é a proteção do interesse da criança que se encontra em uma situação excepcionalmente delicada, vítima de desavença entre seus pais ou familiares. Por sua vez, a Ministra Nancy Andriahi afirma que “não se pode olvidar que paira sobre a Convenção de Haia o viés do interesse prevalente do menor, até mesmo porque foi concebida para proteger as crianças de condutas ilícitas”<sup>123</sup>, sendo que o interesse precípua do menor não pode encontrar barreira alguma.

Desta forma, a integridade do menor deve ser preservada em todos os aspectos, pois, dentre os interesses e direitos que estão em jogo, os seus são os mais relevantes, devendo “sobrepôr-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”<sup>124</sup> Nas palavras do Ministro Cesar Asfor Rocha: “a Convenção de Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa (...).”<sup>125</sup>

Assim, a previsão de retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual foi uma das medidas encontrada pelos países signatários para buscar a concretização dos direitos dos menores, por acreditarem que ela traria maior efetivação ao princípio do melhor interesse da criança. Porém, tal comando não pode ser entendido como uma regra absoluta e não deve prevalecer quando for claramente incompatível com o referido princípio, pois esvaziaria a própria intenção da Convenção. Neste sentido:

“não se extrai da Convenção regra que consagre de modo absoluto o retorno imediato do menor. E a razão é evidente: (...) o objetivo primordial que moveu os Estados-partes na criação do pacto internacional foi o de resguardar, de forma prioritária, o bem-estar das crianças abruptamente transferidas para ou retidas em país diverso do de sua residência habitual. Não se conforma, assim, com o espírito da Convenção, uma aplicação meramente formalista de suas normas, que dê eficácia absoluta à ordem de repatriamento do infante.”<sup>126</sup>

O que se deve ter em mente é que os Estados signatários buscam a concretização dos direitos das crianças, protegendo-as dos efeitos maléficos da remoção ilícita. Assim, o compromisso assumido não é o de retorno imediato, irrestrito, automático e inconsequente da criança, mas sim o de garantir a proteção dos seus direitos. Busca-se, assim, a garantia concreta do melhor interesse da criança, sendo que “não existe um interesse público primário, geral e abstrato, no sentido de que crianças alvo de 'sequestro' internacional sejam

<sup>122</sup> Recurso Especial nº 1.293.800 – MG (2011/0267867-2), voto do Relator Ministro Humberto Martins, p.4.

<sup>123</sup> Recurso Especial nº 900.262 – RJ (2006/0221292-3), voto da Relatora Ministra Nancy Andriahi, pp. 10-11.

<sup>124</sup> Recurso Especial nº 900.262 – RJ (2006/0221292-3), voto da Relatora Ministra Nancy Andriahi, pp. 9-10.

<sup>125</sup> Recurso Especial nº 1.239.777 – PE (2010/0180753-9), voto do Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, p.8.

<sup>126</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, pp. 22-23.

*incontinenti* devolvidas a seus países de origem.”<sup>127</sup>

As próprias exceções ao retorno do menor previstas no texto da Convenção de Haia reforçam a ideia de que o comando de retorno imediato da criança não é absoluto, mas sim uma das medidas previstas pela convenção para efetivar o princípio do melhor interesse da criança (este sim o principal objetivo da Convenção). Como já apresentado<sup>128</sup>, os artigos 13 e 20 trazem hipóteses em que a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança.

Assim, aplicar o artigo 12 tendo como base o princípio do melhor interesse da criança não tem o condão de esvaziar o sentido da Convenção ou de impedir a sua efetivação na totalidade. Pelo contrário, uma análise que leve em consideração, para além de um marco temporal, as particularidades do caso concreto com vistas a efetivar o princípio do melhor interesse da criança reflete uma aplicação completa e efetiva da Convenção. De maneira resumida:

“o fim maior da Convenção de Haia é, justamente, a proteção da criança contra os efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou retenção ilícitas. Ao avaliar as circunstâncias concretas e perquirir aquilo que melhor propicia o desenvolvimento do menor, estarão as autoridades, em verdade, aplicando a Convenção, e não o inverso”.<sup>129</sup>

Além de ser coerente com o objetivo da própria Convenção de Haia, aplicar o artigo 12 de acordo com o princípio do melhor interesse da criança é também compatível com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente que defendem, respectivamente, em seus artigos 227<sup>130</sup> e 100, parágrafo único, IV<sup>131</sup>, a necessidade de preservação dos direitos da criança com absoluta prioridade e a prevalência do interesse da criança e do adolescente em detrimento de outros interesses. Assim, com base nos referidos artigos é possível dizer que “o bem-estar do menor deverá prevalecer com prioridade absoluta, cabendo ao julgador a perquirição efetiva de tal objetivo.”<sup>132</sup>

<sup>127</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 52.

<sup>128</sup> Remetemos o leitor ao Capítulo 1 deste trabalho, onde foram estudadas as exceções previstas na Convenção.

<sup>129</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 28.

<sup>130</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>131</sup> Lei 8069/ (ECA), artigo 100, parágrafo único, IV: São também princípios que regem a aplicação das medidas: IV - **interesse superior da criança e do adolescente**: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

<sup>132</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 28.

Nesta linha, destaca-se o seguinte trecho, muito relevante para o presente estudo: constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador

“atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. **Por isso, na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio de forma ampla**, como aliás ocorre em diversos setores da normativa jurídica.”<sup>133</sup>

Percebe-se, assim, que buscar o melhor interesse do menor é um dever indispensável imposto pelo ordenamento brasileiro e que qualquer decisão que viole este princípio esvazia os preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal: “seria, afinal, o mesmo que rasgar a Constituição determinar o retorno da criança nas situações em que tal implicasse violação a seus direitos fundamentais.”<sup>134</sup> Desta forma, tendo em vista a importância dos direitos tutelados pela Convenção de Haia, é fundamental que “o seu texto seja, definitivamente, adequado aos princípios e direitos consagrados pela nossa Constituição, de modo a assegurar que tal se dê efetivamente em consonância com o princípio da proteção integral da criança.”<sup>135</sup>

Conclui-se, pois, que o princípio do melhor interesse da criança é amplamente consagrado e aceito, seja no plano nacional ou internacional, e, por isso, deve ser um balizador no momento de aplicação da Convenção, em especial no que se refere ao seu artigo 12. Outra interpretação iria de encontro às disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Convenção de Haia de 1980. Sendo assim, é necessário reconhecer que “os Estados Nacionais não poderão adotar medidas nos termos da Convenção da Haia que não tenham como objetivo o superior interesse da criança.”<sup>136</sup>

### 3.3 Ordem de Retorno Imediato

<sup>133</sup> SANTOS. Francisco Cláudio de Almeida Santos. *A proteção da Criança e a Convenção de Haia de 1980*. In: Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009. p. 10. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o\\_Crian%C3%A7a\\_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o_Crian%C3%A7a_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf)>. Acesso em 24 de maio de 2017.

<sup>134</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 04.

<sup>135</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 12.

<sup>136</sup> Apelação Cível nº 0013931-47.2013.4.02.5101, 01ª Vara Federal do Rio de Janeiro, voto do Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, p. 1.

Como visto, a previsão de retorno imediato do menor foi uma das soluções encontradas pelos organizadores da Convenção para evitar que a criança sofra os efeitos negativos da subtração. Porém, tal comando não deve ser lido de forma absoluta, tanto que a própria Convenção elenca hipóteses em que o mesmo poderá ser negado, a critério do julgador, tendo em vista uma solução mais benéfica para o menor.

O que se diz, em outras palavras, é que a presunção criada no artigo 12, de que o interesse do menor estaria sendo preservado com a ordem de retorno imediato, quando transcorrido um lapso temporal menor do que um ano, não pode ser tida como uma regra imutável e, por isso, não pode ser aplicada quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem a ocorrência de violação aos interesses do menor. Nesta linha, é importante destacar que o próprio Informe Explicativo oficial da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ao analisar os artigos 12 e 18, afirma que:

“Artigos 12 e 18 – obrigação de restituir o menor

...

Por isso, as dificuldades enfrentadas na tentativa de se definir, em uma norma objetiva, um parâmetro de integração do menor, levaram à **fixação de um prazo, talvez arbitrário**, mas que consiste na resposta 'menos pior' às preocupações consideradas no artigo.”<sup>137</sup> (grifo nosso)

Desta forma, se os criadores da Convenção afirmam que o prazo de um ano estabelecido no artigo 12 é arbitrário, sendo uma das respostas encontradas para preservar os direitos do menor, resta evidente que a solução apresentada pela Convenção não pode ser considerada absoluta e não deve ser aplicada de forma automática, não podendo prevalecer quando se verificar que os interesses e direitos da criança estão sendo desrespeitados.

O que se quer dizer com isso é que o retorno da criança não é “um fim em si mesmo; deve ser determinado se e enquanto constituir medida necessária para proteger o menor.”<sup>138</sup> O que os Estados contratantes assumiram foi o dever de proteger os direitos fundamentais dos menores e a ordem de retorno imediato foi somente uma medida encontrada por eles para buscar concretizar estes direitos. É apenas um meio que pode ser utilizado, quando se mostrar mais benéfico para a criança, mas nunca um fim em si mesmo.

Tendo isso em vista, é possível concluir que o retorno da criança só deve ser determinado quando for compatível com os seus direitos e enquanto for uma medida que preserve da melhor forma possível os seus interesses. Não se mostra plausível que apenas um lapso temporal determine a solução da controvérsia que envolve estes direitos tão sensíveis e

---

<sup>137</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 36.

<sup>138</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 04.

que precisam de uma atenção tão especial. Para além do prazo previsto na Convenção, é necessário que a autoridade, ao analisar o caso concreto, determine a solução que melhor atenda aos interesses do menor.

O que deve ser fundamental para a autoridade, no momento da sua decisão, é o princípio do melhor interesse da criança, ou seja, mais do que apenas o lapso temporal entre a retenção e o início do processo é necessário que o julgador analise se o retorno do menor vai lhe causar algum prejuízo ou vai de alguma forma lhe ser prejudicial. Se a resposta for afirmativa, mesmo que o tempo transcorrido seja menor do que um ano, o retorno da criança não deve ser imediatamente determinado. É necessário que ela seja protegida durante todo o curso do processo e não se pode dar margem para decisões que violem os seus direitos e prejudiquem os seus interesses simplesmente pelo decurso de um prazo.

Assim, conclui-se que os julgadores e autoridades responsáveis devem se embasar no princípio do melhor interesse da criança ao proferir as suas decisões, para além do prazo de um ano previsto no artigo 12 da Convenção. Mais do que um período de tempo, é necessário que os princípios constitucionais sejam efetivados e que a criança seja protegida de qualquer malefício. O artigo 12 deve ser lido e aplicado com base no princípio do melhor interesse da criança, devendo os agentes responsáveis tomar decisões que preservem os direitos e os interesses dos menores envolvidos nos conflitos, independente do lapso temporal entre a retenção indevida e o início do processo.

### *3.4 Análise das Particularidades do Caso Concreto*

Diante de tudo o que foi exposto, é possível dizer que o retorno da criança não deve ser determinado de forma automática e imediata, levando-se em consideração apenas um lapso temporal, sem oitiva da parte contrária, sem produção de provas, sem uma mínima investigação sobre as condições do menor e as circunstâncias de sua remoção. Pelo contrário, é necessário que o juiz analise as particularidades do caso concreto, buscando observar as características dos genitores e do menor envolvido para poder concluir qual decisão será mais completa, no sentido de preservar os direitos e os interesses da criança.

A análise das circunstâncias fáticas inerentes ao caso concreto determinará qual solução, seja o retorno do menor ao seu país de origem, seja a manutenção no Estado em que se encontra, atenderá de forma efetiva os interesses em jogo, para além do simples prazo de

um ano previsto no artigo 12. Assim, “embora o retorno imediato da criança constitua relevante objetivo da Convenção, deve ser sempre avaliada a compatibilidade deste comando, caso a caso, com as normas e princípios contidos na Lei Maior, consideradas as peculiaridades da situação concreta.”<sup>139</sup>

Tendo isto em vista, não parece ser possível fazer uma generalização e afirmar que o melhor interesse da criança sempre estará preservado se o seu retorno for determinado de forma imediata e automática, caso tenha um lapso temporal menor do que um ano entre a data da remoção e o início do processo. Pelo contrário, para que ocorra uma verdadeira consideração dos interesses do menor é necessário que a autoridade responsável analise, antes de determinar a devolução, qual das possíveis soluções será mais benéfica para a criança. Em outros termos, a repatriação “nem sempre consistirá a solução mais ajustada ao seu melhor interesse, e disso apenas se terá ciência após o percuciente exame dos fatos da causa.”<sup>140</sup>

Assim, ao aplicar o artigo 12 da Convenção de Haia é preciso que se leve em conta, primordialmente, o interesse do menor envolvido naquele conflito e uma leitura fria e seca do texto da Convenção não consegue, em todos os casos, preservar este princípio. É necessário, para além do lapso temporal previsto, que a autoridade investigue previamente, em cada caso concreto, as circunstâncias fáticas daquela família, para que consiga chegar a uma conclusão que efetivamente promova o bem-estar físico e mental da criança.

É necessário avaliar, por exemplo, as circunstâncias que motivaram sua transferência, os riscos envolvendo sua devolução e as condições de vida e de adaptação no país para o qual será transferido, mesmo que o lapso temporal seja menor do que um ano. “Definitivamente, apenas mediante análise criteriosa das circunstâncias fáticas pode-se, com a segurança necessária, aferir qual solução melhor efetivará os direitos fundamentais do menor.”<sup>141</sup> Neste sentido é o voto do Ministro Humberto Martins:

“O Tribunal de origem, ao reformar a sentença, balizou sua decisão no art. 12 da Convenção da Haia, que salvaguarda o cânone do melhor interesse da criança. Para que se possa entender o princípio e a sua aplicação, o julgador deve considerar uma série de fatores, tais como o amor e os laços afetivos entre os pais, os familiares e a criança, o lar da criança, a escola, a comunidade, os laços religiosos; a habilidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro genitor. Essas considerações, essencialmente subjetivas, são indicadores que conduzem o juiz à descoberta do que lhe parece ser o melhor interesse do menor em cada caso concreto.”<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, pp. 18-19.

<sup>140</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 23.

<sup>141</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p.19.

<sup>142</sup> Recurso Especial nº 1.293.800 – MG (2011/0267867-2), voto do Relator Ministro Humberto Martins, p.11.

A Ministra Nancy Andriahi, seguindo o mesmo raciocínio, demonstra como deve ser a aplicação do princípio do melhor interesse da criança no julgamento de casos envolvendo sequestro internacional de menores:

“Não vislumbro qualquer benefício para o pequeno S. em sua devolução aos Estados Unidos da América. Pelo contrário, nova alteração de domicílio, com separação de sua mãe, que exerce sua guarda condignamente, promoverá inequívoco abalo emocional e psíquico, que não se pode ignorar. E mais, tal providência buscada pelo Apelante divorcia-se da própria tônica em que concebida a Convenção. Não se menoscabe a dramaticidade da situação do pequeno S. que, sendo brasileiro e americano, com pais residindo em países diversos, deverá lidar com longas ausências de um dos genitores. Todavia, na solução do impasse colocado, reputo que melhor atende ao interesse do menor a manutenção do estável quadro, na companhia de sua mãe.”<sup>143</sup>

Sendo assim, a aplicação do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980 não deve ser feita de forma automática e irrestrita, mas sim a partir de uma análise e de um estudo, em cada caso concreto, das particularidades daquela família, buscando uma solução que proteja de forma integral os direitos e os interesses da criança, que devem prevalecer sobre os interesses de todos os outros envolvidos. Antes de decidir sobre o pedido de retorno da criança é necessário que as autoridades analisem a fundo as peculiaridades, os sentimentos e a realidade da criança e de sua família para que este exame traga elementos suficientes para uma decisão que beneficie o menor.

A autoridade só deve decidir sobre o retorno ou não da criança ao seu país de residência habitual depois de ter em mãos todas as informações sobre as condições a que o menor ficará sujeito caso o seu retorno seja determinado ou caso seja mantido no país em que se encontra. Somente assim poderá ser evitada uma decisão que coloque a criança em um ambiente e em uma realidade que lhe será prejudicial. Assim,

“a existência de risco na devolução da criança ao país de origem deve ser avaliada caso a caso, não se podendo, de antemão, restringir tais situações a hipóteses predeterminadas. Cada criança é única e reage diferentemente às situações, assim como cada caso tem as suas características próprias, que devem influenciar na tomada de decisão tão delicada e com o condão de influenciar tanto a vida e a formação de uma criança.”<sup>144</sup>

Nesta linha de pensamento, é importante destacar que o próprio artigo 227 da Constituição Federal, que garante a absoluta prioridade na proteção dos interesses do menor, demanda uma análise das particularidades do caso concreto para a sua correta aplicação:

“(…) veja-se que o art. 227 exprime uma cláusula aberta, contendo verdadeiro conceito jurídico indeterminado. Como tal, se sujeita à inevitável consideração das circunstâncias peculiares de cada caso para sua correta aplicação pelo magistrado, o

<sup>143</sup> Recurso Especial nº 900.262 – RJ (1006/0221292-3), voto da Relatora Ministra Nancy Andriahi, p. 09.

<sup>144</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, pp. 39-40.

que vai ao encontro da perspectiva de proteção integral do menor.”<sup>145</sup>

Outro ponto que deve ser considerado é que a criança é um ser ainda em formação e que precisa de um cuidado e de uma proteção especial. Por isso, apesar da necessidade de celeridade, todas as decisões que envolvam os seus direitos devem ser tomadas de forma cautelosa, sem precipitação, analisando-se detalhadamente todos os aspectos apresentados, pois soluções equivocadas podem ter um peso muito maior sobre o seu desenvolvimento e formação, afetando de forma negativa a sua vida em proporções muito maiores do que em pessoas adultas, podendo gerar traumas e consequências negativas irreversíveis.

Sendo assim, independente do lapso temporal entre a retenção do menor e o início do processo, e mesmo com a suposta ilicitude praticada por um dos genitores, o retorno não deve ser determinado se ficar comprovado que esta decisão, de alguma forma, pode ser prejudicial à criança e isto só pode ser averiguado após a análise das particularidades do caso concreto. Assim, se a parte conseguir demonstrar que a devolução vai causar riscos e danos ao menor, seja de ordem psicológica, física, emocional ou de qualquer outro tipo, o pedido de retorno na ação de busca e apreensão deve ser indeferido e a criança deve ser mantida no local em que se encontra.

### *3.5 As Medidas Liminares*

Outra questão que deve ser destacada é que em muitos casos de aplicação do artigo 12 da Convenção, quando o lapso temporal é menor do que um ano, determina-se o retorno da criança ao seu país de residência habitual por meio de uma medida liminar em que se ouve apenas o relato do autor, ou seja, uma medida inaudita altera parte, em que o outro polo da ação não tem a chance de se manifestar ou produzir provas.

Esta medida pode ser extremamente prejudicial para as partes envolvidas, pois permite que o menor retorne para uma situação que lhe seja menos favorável, seja por violar seus direitos, prejudicar a sua saúde e bem-estar ou simplesmente por ser uma realidade que não permite a felicidade e a realização plena da criança, sendo que o outro genitor não tem a chance de, antes da decisão, mostrar estas circunstâncias prejudiciais para a autoridade responsável.

É importante estar atento porque em algumas situações o menor vai ser prejudicado e

---

<sup>145</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 38.

não vai ser possível vislumbrar uma violação tão clara aos seus direitos, como abuso por parte de um dos genitores ou calamidade pública, mas sim uma situação em que a criança perde a sua felicidade, o seu bem-estar, a sua comodidade, adaptação e alegria. Assim, se a autoridade responsável não permite que a outra parte se manifeste para apresentar provas de que o menor pode ter a sua realidade piorada com a ordem de retorno imediato, o princípio do melhor interesse da criança pode ser violado, prejudicando os interesses e direitos do menor.

Somado a isto esta medida liminar, ao não permitir que a outra parte se manifeste para apresentar fatos que demonstrem que o retorno da criança para o seu país de residência habitual pode ser prejudicial, tem a chance de violar os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos na Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”<sup>146</sup>

É importante destacar que nos casos de sequestro internacional os referidos princípios atuam não somente como protetores do direito das partes (genitores), mas principalmente para resguardar os direitos da criança envolvida no conflito, permitindo que sejam produzidas as provas necessárias, por ambas as partes, para decidir qual solução melhor atenderá ao interesse do menor. Neste sentido:

“nos processos regidos pela Convenção de Haia, o devido processo legal serve não apenas à garantia do réu, mas, sobretudo, aos interesses do menor. A oitiva prévia da parte requerida é imprescindível para que se levem a juízo elementos de fato sem os quais é impossível, ou no mínimo temerário, avaliar aquilo que realmente irá propiciar o bem-estar do infante.”<sup>147</sup>

Não só isso: a determinação de retorno do menor tem muita chance de ser irreversível, pois é muito difícil, após a devolução da criança, obter uma decisão do país de residência habitual que permita o retorno do menor para o país em que estava vivendo. Sendo assim, antes de determinar o retorno do menor é necessário que a autoridade responsável permita ao acusado: “(i) conhecer dos argumentos e elementos levados a juízo ou à instância administrativa; (ii) manifestar-se sobre eles; (iii) ter suas alegações devidamente consideradas.”<sup>148</sup>

A análise de um caso concreto é importante para visualizar esta questão: em uma ação de busca e apreensão de menor envolvendo a Convenção de Haia de 1980 o juiz de primeiro grau julgou antecipadamente a lide determinando o retorno imediato do menor ao país de

<sup>146</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV.

<sup>147</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p.26.

<sup>148</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p.25.

residência habitual, sem intimar as partes, o Ministério Público Federal ou a Defensoria Pública da União acerca do indeferimento da produção de provas e sem realizar a perícia psicológica do menor. O Tribunal confirmou esta decisão e tanto a Defensoria Pública da União como a genitora do menor interpuseram Recurso Especial.

A Defensoria Pública da União, como curadora do menor, afirmou que

“se a genitora do menor alega, insistentemente, que o pai tem um comportamento violento, agressivo, é evidente que não se poderia considerar que a controvérsia seja somente de direito, **sendo imperiosa a produção de provas que permitam ao magistrado, ao fiscal da lei e à curadoria do menor, terem a convicção de que a criança permanecerá sob a guarda da pessoa mais indicada para tanto.**

(...)

**as alegações da mãe da criança acerca da agressividade e do distanciamento do pai em relação à criança não puderam ser objeto de dilação probatória, em razão do julgamento antecipado da lide, a ordem de retorno da criança à Alemanha é temerária e viola os dispositivos apontados da Convenção de Haia.**

Ressalta haver 'uma preocupação exacerbada das instâncias ordinárias em atender a solicitação da autoridade alemã a qualquer custo, quando a preocupação primordial dos julgadores deveria ser o bem-estar, a saúde física e psíquica da criança (...).

Por fim, esclarece 'que a Defensoria Pública da União, incumbida da curadoria da criança, não tem compromisso com a sua permanência no Brasil ou com o seu encaminhamento à Alemanha. **A preocupação da curadoria é ter elementos concretos, produzidos com imparcialidade e submetidos ao contraditório e à ampla defesa, que confirmem ou que desmintam as alegações da mãe de J. L. K. K., no sentido de que o [...] retorno da criança à Alemanha lhe traria graves danos.'**<sup>149</sup> (grifo nosso)

Requeru, ao final, o provimento do recurso especial para que fosse determinada a anulação dos atos processuais praticados desde o julgamento antecipado da lide e que os autos retornassem à primeira instância para a produção das provas indispensáveis à solução das controvérsias.

A genitora, em seu recurso, alegou que o acórdão afrontou “as regras legais alusivas ao direito de ampla defesa, com interpretação e aplicação rigorosamente inadequadas do art. 330, I, do CPC, e dos arts. 12, 13, 'b' e 20, da Convenção da Haia (Decreto 3413/2000), dispositivos que restaram evidentemente afrontados pelo veredicto impugnado”<sup>150</sup> e requereu, ao final, a anulação do acórdão e da sentença, a retomada da ação de busca e apreensão e o deferimento das provas requeridas pelas partes.

Ao julgar o caso, o Ministro Relator Cesar Asfor Rocha decidiu que:

“No caso concreto, após detida análise do feito e atento aos bens jurídicos que as partes buscam tutelar e aos princípios e normas que regem a matéria, **concluo que é imprescindível a realização da perícia psicológica requerida pelos ora recorrentes, pois o interesse do menor sobreleva qualquer outro.**

<sup>149</sup> Recurso Especial nº 1239777 – PE (2010/0180753-9), voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, p. 03-04.

<sup>150</sup> Recurso Especial nº 1239777 – PE (2010/0180753-9), voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, p. 04.

Consta dos autos uma única avaliação psicológica do menor, efetuada há mais de três anos, a partir de um único encontro entre a perita do Juízo e a criança. A conclusão dessa avaliação, de outra parte, não conduz à certeza de ausência de grave dano no retorno da criança à Alemanha.”<sup>151</sup> (grifo nosso)

**“Nessas circunstâncias, entendo que o indeferimento, em nome da celeridade, da perícia requerida pela genitora do menor, além de se contrapor aos postulados do Código de Processo Civil, pode ensejar uma prestação jurisdicional equivocada, que, na verdade, afronta a própria Convenção da Haia e consolida situação gravíssima e, talvez, irreversível na vida do menor.**

A perícia psicológica, na hipótese, é essencial ao deslinde da controvérsia, ainda que não se proceda, da forma como requerido, a uma ampla dilação probatória. Ademais, embora lamentável, não se pode deixar de considerar que já transcorreram mais de quatro anos do ajuizamento da ação, estando hoje o menor com oito anos de idade e, como é natural, muitas mudanças devem ter ocorrido.

Assim, apesar da evidente necessidade de uma solução célere para o caso, não só pelo risco de concretização de condição imutável, mas também em respeito à reciprocidade imposta pela adesão à Convenção da Haia, devem sobrepujar o bom senso e a prudência.”<sup>152</sup> (grifo nosso)

Desta forma, é possível concluir que antes de determinar o retorno da criança a autoridade deve ouvir as partes envolvidas e analisar as provas produzidas, permitindo que todos se manifestem, para que assim consiga ter acesso a todos os fatos relevantes e alcance, ao final, uma decisão que realmente atenda aos interesses da criança, preservando os seus direitos.

Assim, se mostra mais coerente com as disposições legais e com a própria Convenção de Haia uma leitura que aplique de forma efetiva o princípio do melhor interesse da criança em cada caso analisado pelas autoridades, independentemente da presunção apresentada pela Convenção, quando o lapso temporal entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar for menor do que um ano. Como estabelecido pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, o princípio do melhor interesse do menor deve ser o norteador no momento de aplicação das normas e a Convenção de Haia não é exceção.

### *3.6 Análise de Outras Fundamentações*

Buscando uma análise que seja imparcial, é importante destacar outros pontos de vista que podem ser apresentados em se tratando da aplicação do art. 12 da Convenção de Haia e a sua relação com o princípio do melhor interesse da criança. Em primeiro lugar, poder-se-ia

<sup>151</sup> Recurso Especial nº 1239777 – PE (2010/0180753-9), voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, p. 10-11.

<sup>152</sup> Recurso Especial nº 1239777 – PE (2010/0180753-9), voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, p. 13.

argumentar que as exceções previstas na Convenção (artigos 13<sup>153</sup> e 20<sup>154</sup>) seriam suficientes para impedir uma solução que fosse prejudicial ao menor. Contudo, não parece ser o que ocorre. Pela análise dos julgados<sup>155</sup>, percebe-se que as exceções arroladas são insuficientes para garantir a observância do princípio do melhor interesse da criança, tendo em vista que elas abarcam casos extremos, tais como fome, guerra, calamidades, genitores que abusam de seus filhos, etc. Exemplificativamente, este é o entendimento que prevalece na jurisprudência atualmente sobre o artigo 13 da Convenção:

“A exceção prevista no artigo 13, alínea "b", da Convenção da Haia de 1980, que trata da possibilidade da existência de grave risco de que a criança fique exposta a dano físico ou psicológico se devolvida ao Estado de sua residência habitual, deve ser interpretada restritivamente, sendo necessário evitar a devolução de infantes a famílias desestabilizadas, a ambientes sociais ou nacionais perigosos, países em convulsão, inter alia. Daí se extrai que **tal previsão concerne a situações de fato caóticas**, verificadas no domínio do Estado requerente, no que se poderiam enquadrar, de forma exemplificativa, hipóteses de **conflitos armados, epidemias incontroláveis, rigoroso desabastecimento de alimentos**, enfim, conjunturas que escapassem ao controle das próprias autoridades competentes do Estado de residência habitual da criança, situação em que, de certo, não se enquadram os EUA.”<sup>156</sup> (grifo nosso)

Existem, contudo, situações que não serão tão claras ou tão extremas e, assim, não poderão ser enquadradas nestas exceções. Nem por isso a autoridade poderá deixar de avaliar as particularidades do caso concreto e decidir pela manutenção da criança naquele país, caso essa seja a solução que melhor atenda aos seus interesses. Mesmo não sendo uma das situações previstas nos artigos 13 e 20, a devolução do menor não deve ser decretada quando for incompatível com os seus interesses e prejudicial aos seus direitos. Assim, “havendo

<sup>153</sup> Convenção de Haia de 1980, artigo 13: Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável; A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto; Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

<sup>154</sup> Convenção de Haia de 1980, artigo 20: O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

<sup>155</sup> Pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.jus.br/SCON/>) a partir dos termos “convenção haia” e “sequestro internacional”. Foram analisados todos os acórdãos relativos à Convenção de Haia de 1980 sobre o Sequestro Internacional de Crianças.

<sup>156</sup> Apelação Cível nº 2009.51.01.018422-0, TRF 2ª Região, 5ª Turma Especializada, Relator Desembargador Fernando Marques.

indícios de que a devolução do menor lhe possa ser prejudicial, deve, sempre, ser sopesada a regra do retorno da criança, ainda que não se trate de situação extrema, assegurando-se a concretização dos direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior.”<sup>157</sup>

Alguns também poderiam argumentar que a previsão de retorno imediato do menor quando o lapso temporal é menor do que um ano busca preservar a celeridade processual e que uma análise das particularidades de cada caso concreto buscando a solução que melhor atenda aos interesses do menor poderia atrasar o andamento processual.

Contudo, a necessidade de solução rápida do processo não pode se sobrepor ao princípio do melhor interesse da criança e ao princípio da proteção integral do menor (art. 227, CF). O ordenamento jurídico, como se viu<sup>158</sup>, atribui absoluta prioridade aos interesses dos menores, não sendo possível que os mesmos sejam prejudicados por causa da necessidade de celeridade processual. A relevância dos direitos envolvidos não permite que os interesses das crianças sejam deixados de lado para que prevaleça uma possível solução rápida para o litígio. Assim, “os interesses da criança não devem sofrer limitações como consequência automática da lesão a direito que um dos pais possa sofrer pelo atraso processual, ainda que provocado pelo outro genitor.”<sup>159</sup>

Deve-se, sim, buscar decisões céleres para que o processo não se prolongue por tempo desnecessário, mas isso não pode ser uma justificativa para desrespeitar direitos e não dar efetividade ao princípio do melhor interesse da criança. Nas palavras do Ministro Cesar Asfor Rocha: “apesar da evidente necessidade de uma solução célere para o caso, não só pelo risco de concretização de condição imutável, mas também em respeito à reciprocidade imposta pela adesão à Convenção da Haia, devem sobrepujar o bom senso e a prudência.”<sup>160</sup>

Também não se pode deixar de utilizar o princípio do melhor interesse da criança como base para a aplicação do artigo 12 sob o argumento de que essa visão privilegiaria o genitor que supostamente praticou uma conduta ilícita. Mais uma vez, os interesses da criança, colocados como absoluta prioridade pela Constituição, não podem ser deixados de lado para que prevaleça o princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza. Nas palavras da Ministra Nancy Andrichi: “exatamente seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, é que a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem,

<sup>157</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 39.

<sup>158</sup> Remetemos o leitor ao Capítulo 2 do presente trabalho, onde foi apresentada a inserção do princípio do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico nacional e internacional.

<sup>159</sup> Apelação Cível nº 0013931-47.2013.4.02.5101, 01ª Vara Federal do Rio de Janeiro, voto do Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, p. 7.

<sup>160</sup> Recurso Especial nº 1.239.777 – PE (2010/0180753-9), voto do Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, p.15.

**mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor**, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.”<sup>161</sup> (grifo nosso)

Como foi dito, o interesse do menor deve prevalecer sobre o interesse de qualquer outra pessoa e caso fique demonstrado que a criança pode ter consequências negativas com a determinação do seu retorno, o mesmo não deve acontecer, ainda que esta atitude beneficie o suposto infrator. Um erro não pode justificar a ocorrência de outro, ainda mais grave: “mesmo que alguém entenda que teria havido um erro quando da vinda do referido menor, com sua mãe, para o Brasil há mais de quatro anos atrás, retorná-lo agora para os EUA seria um erro muito maior com riscos de provocar problemas em seu psiquismo.”<sup>162</sup>

Somado a isso, alguns poderiam dizer que a autoridade, ao não determinar o retorno imediato do menor, estaria decidindo sobre o direito de guarda, algo vedado pela própria Convenção.<sup>163</sup> Neste sentido, é importante frisar que o juiz do local para onde a criança foi transferida não deve proferir uma decisão sobre o direito de guarda, tendo em vista que a mesma cabe às autoridades do país de residência habitual da criança. Ao analisar um pedido de retorno imediato, o juiz deve, tão somente, analisar as particularidades de cada caso concreto e, especificamente, o princípio do melhor interesse da criança, independentemente de lapsos temporais. Discute-se apenas a ordem de retorno imediato e não a guarda do menor.

Assim, o juiz do Estado requerido não deve, a princípio, definir com quem vai ficar a guarda do menor, mas deve determinar o retorno imediato da criança apenas se isto refletir o que é melhor para ela. O juiz não pode ser obrigado a determinar o retorno imediato apenas por existir menos de um ano entre a remoção da criança e o início do processo. Em qualquer caso, ele deve analisar qual alternativa vai melhor atender aos interesses do menor durante a tramitação daquele processo, sem que isso represente uma decisão sobre o direito de guarda.

Por fim, seria possível argumentar que a aplicação do artigo 12 tendo como base o princípio do melhor interesse da criança poderia violar, em alguns casos, a disposição literal do referido artigo. Contudo, é importante ressaltar que para atender ao princípio do melhor interesse da criança a jurisprudência admite que seja feita uma flexibilização da norma,

<sup>161</sup> Recurso Especial nº 900.262 – RJ (2006/0221292-3), voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, p. 11.

<sup>162</sup> Recurso Especial nº 1.199.940 – RJ (2010/0117975-5), voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, p.8.

<sup>163</sup> Convenção de Haia de 1980, artigo 16: depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida **não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda** sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção. (grifo nosso)

evitando uma aplicação simples e pura da lei que prejudique os interesses e direitos do menor envolvido no conflito. Assim, admite-se que a norma seja interpretada, analisada e adequada para que atenda corretamente ao referido princípio.

Caminham neste sentido o voto da Ministra Nancy Andrighi no Conflito de Competência nº 114.782 – RS e o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha no Recurso Especial Nº 1.239.777 - PE, respectivamente:

“Assim, nem sempre a aplicação pura e simples da lei, in casu, do art. 87 do CPC, garante solução adequada ao conflito. **Porque uma interpretação literal do ordenamento legal pode triscar o princípio do melhor interesse da criança, cuja intangibilidade deve ser preservada com todo o rigor.**

Sob esse enfoque, a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda, **deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente,** como a do art. 87 do CPC.” (grifo nosso)

“o interesse do menor deve sobrepujar-se, sempre e em qualquer hipótese, às questões meramente formais, como as regras de competência.”

Assim, a autoridade responsável deve levar em consideração as normas estabelecidas, mas deve se atentar especialmente ao princípio do melhor interesse da criança e às particularidades do caso em análise, sendo que o referido princípio deve ser um norteador para a aplicação da norma ao caso concreto, ou seja, uma referência e um vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado. Neste sentido, destacam-se os seguintes julgados:

“Esta Corte, na análise de casos em que era apontada a existência do mesmo vício, ausência de consentimento da mãe biológica prestado em audiência para a adoção, afastou a nulidade, ressaltando que **as formalidades legais devem ser apreciadas de acordo com o caso concreto. De fato, no contexto do princípio do melhor interesse da criança, as normas devem ser conjugadas com a variedade de fatores que envolvem o bem-estar dos menores.**

(...)

Assim, não é possível afastar os olhos da situação fática estabelecida para fazer preponderar valores em tese.

(...)

Desta feita, deve-se analisar a situação fática apresentada nos autos, a fim de averiguar o benefício que as crianças poderão obter com a procedência do pedido.”<sup>164</sup>(grifo nosso)

**“onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.**

(...)

diga-se, ao sopro do já mencionado princípio do maior interesse, aqui tomado como regra de interpretação, esta Relatoria está em que a melhor compreensão da matéria consiste em deferir a guarda do petiz para o seu avô materno.”<sup>165</sup>(grifo nosso)

Tendo em vista o exposto, aplicar o artigo 12 da Convenção de Haia tendo como base o princípio do melhor interesse da criança não conduz à inutilização ou não aplicação da

<sup>164</sup> Recurso Especial nº 1.567.812/SC, voto do Ministro Raul Araújo.

<sup>165</sup> Recurso Especial nº 1.186.086/RO, voto do Ministro Massami Uyeda.

referida norma, mas sim à sua correta interpretação, levando em consideração o que é melhor para a criança naquele caso concreto. É, assim, uma aplicação do artigo 12 que respeita o princípio do melhor interesse do menor, consagrado no ordenamento pátrio e internacional, para além de uma leitura fria e literal das disposições da Convenção de Haia.

### *3.7 Processos Relevantes*

#### 3.7.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245

Em 26 de maio de 2009 o partido político Democratas – DEM, se valendo do controle abstrato de constitucionalidade, propôs ação direta de inconstitucionalidade visando à declaração parcial de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e do Decreto Presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que dizem respeito, respectivamente, a ratificação e promulgação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Afirma que os artigos 1º, “a”, 3º, 7º, caput e alínea “f”, 11, 12, 13, “b”, 15, 16, 17 e 21 não estão de acordo com os dispositivos Constitucionais.

Para o presente trabalho são relevantes as alegações de inconstitucionalidade dos artigos 1º, “a”, 3º, 7º, caput e alínea “f”, 11 e 12. Isto porque o DEM alega que os dispositivos da Convenção de Haia de 1980 que disciplinam o retorno imediato da criança devem ser aplicados levando-se em consideração o melhor interesse do menor, ou seja, busca uma interpretação segundo a qual o retorno da criança só seja determinado se e enquanto comprovadamente compatível com a proteção integral do menor, tendo em vista que o retorno não é um fim em si mesmo, mas sim um dos instrumentos existentes para a proteção das crianças.

Além disso, alega que as particularidades do caso concreto devem ser analisadas antes da tomada de qualquer decisão, com direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Especificamente em relação ao artigo 12, afirma que o melhor interesse da criança deve ser perseguido no caso concreto, independente da presunção temporal prevista no artigo. Assim, o que se busca é uma leitura dos artigos de forma que o princípio do melhor interesse da criança seja respeitado e prevaleça sobre outros interesses:

“O artigo 12 deverá ser interpretado conforme a Constituição Federal, para que o melhor interesse da criança seja perseguido no caso concreto, a despeito da presunção temporal contida no referido dispositivo. Do contrário, ter-se-ão como desrespeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral

da criança (art. 1º, III e 227 da Constituição), além de violado o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição).<sup>166</sup>

“De fato, (...) nem sempre o retorno automático da criança ao país de sua residência habitual representará a solução mais adequada para o seu bem-estar psicofísico. Na verdade, tal avaliação apenas poderá ser feita após a adoção de diligências probatórias, junto à criança e aos parentes envolvidos, com o objetivo de se reunirem elementos consistentes a respeito daquilo que atenda ao melhor interesse do menor.”<sup>167</sup>

Importante frisar que a filtragem constitucional buscada na ADI não tem o objetivo de levar a Convenção a ineficiência, mas sim de compatibilizá-la com o ordenamento constitucional brasileiro. A Ação Direta de Inconstitucionalidade estava sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, mas com a sua saída o Ministro Roberto Barroso passou a ocupar esta posição. Desde o dia 25/09/2014 ela está conclusa ao Relator e até o momento não houve nenhuma decisão.

### 3.7.2 Apelação Cível nº 0013931-47.2013.4.02.5101

Em 2016, ou seja, em decisão muito recente, o Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, nos autos da Apelação Cível nº 0013931-47.2013.4.02.5101, em tramitação na 01ª Vara Federal do Rio de Janeiro, proferiu voto em que afirma que a Convenção de Haia de 1980 deve ser interpretada à luz do princípio do melhor interesse da criança, garantindo, com prioridade, o seu bem estar físico e emocional, e que os interesses dos menores não podem ser limitados em função apenas do lapso temporal previsto no artigo 12.

De acordo com os autos, o menor envolvido no litígio supostamente tinha residência habitual em Portugal e veio para o Brasil, de férias, na companhia de seus pais (mãe brasileira e pai português). O pai retornou antes para o seu país de origem e a mãe e a criança deveriam retornar logo após. Porém, eles não voltaram para Portugal, permanecendo no Brasil. Inconformado, o genitor procurou a Autoridade Central portuguesa e formulou um pedido de regresso do seu filho, tendo como base a Convenção de Haia de 1980.

Em defesa, a mãe alegou que o pai tinha concordado que ela e o menor estabelecessem residência no Brasil, não sendo o caso de uma retenção ilícita. Além disso, afirmou que o retorno do menor para Portugal causaria graves danos e buscou demonstrar a adaptação do menor ao ambiente, além do seu melhor interesse em permanecer no Rio de Janeiro.

Como a mãe não concordou em entregar o menor para devolução ao pai, a União

<sup>166</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 42.

<sup>167</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4245, Petição Inicial do DEM, p. 51.

ajuizou uma ação na Justiça Federal, que ordenou a transferência da criança. Para chegar a esta conclusão, as autoridades afirmaram que o artigo 12 da Convenção determina o imediato retorno do menor, quando o lapso temporal entre a data da transferência ilícita e o início do processo judicial for menor do que um ano.

Porém, o Desembargador Ricardo Perlingeiro não concordou com tal posicionamento, proferindo voto que foi assim ementado:

“DIREITO INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. SUPREMACIA DOS INTERESSES DA CRIANÇA. TUTELA JUDICIAL EFETIVA. PROCESSO INICIADO DENTRO DO PRAZO DE 1 ANO. INTEGRAÇÃO NO NOVO MEIO E RISCO GRAVE DA DEVOLUÇÃO.

**I. Os Estados nacionais não poderão adotar medidas nos termos da Convenção da Haia que não tenham como objetivo o superior interesse da criança,** cujo conceito deve ser avaliado à luz das exceções previstas, [particularmente aquelas] a respeito do decurso do tempo e da existência de 'risco grave' e, portanto, **os tribunais não devem considerar apenas as alegações discutíveis de um 'risco grave' para a criança em hipótese de retorno, mas também devem tomar uma decisão indicando os motivos precisos em função das circunstâncias do caso** (ver Corte Europeia de Direitos Humanos: *Neulinger e Shuruk c. Suíça*, 41615/07 [2010] ECHR 1053; *X c. Letônia*, 27853/09 [2013] §§ 93- 108).

**II. É com fundamento no princípio da prevalência dos interesses da criança, os quais não se confundem com os interesses do pai ou da mãe, que a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças deve ser interpretada e aplicada no Brasil, especialmente as exceções à devolução que tenham relação com o lapso de tempo entre a retenção e a implementação da medida jurisdicional para devolução** [e não exatamente o início do processo]. Portanto, os interesses da criança não devem sofrer limitações como uma consequência automática da lesão a direito que um dos pais possa sofrer pelo atraso processual, ainda que provocado pelo outro genitor.

**III. A melhor exegese do art. 12 caput e 12.1 da Convenção da Haia é que, dentro do prazo de 1 ano, entre a retenção e o início do processo, há uma presunção [apenas] *iuris tantum* de que o retorno é o que melhor atende aos interesses superiores da criança, enquanto que, após o lapso de 1 ano, tal presunção sequer existiria.** Como corolário lógico, se, apesar de iniciado [dentro de 1 ano] o processo para devolução, houver provas de que a criança está [há mais de 1 ano] integrada no seu novo meio, tal fato precisa ser considerado pelo tribunal na formação de um juízo de valor acerca do melhor interesse da criança. Outra interpretação levaria a uma conclusão não razoável, como, por exemplo, um processo iniciado após 1 ano e 1 mês, em que seria admitido provar que “a criança já se encontra integrada no seu novo meio”, mas essa mesma prova seria rejeitada caso o processo fosse iniciado somente 1 mês antes, dentro do prazo de 1 ano, a despeito da criança estar no Estado requerido, como no presente caso, há mais de 4 anos.

IV. Negar a produção de perícia ou de testemunhos porque o requerimento de provas foi somente para o fim da exceção do art. 12 da Convenção, [a despeito de existirem narrativas fáticas que caracterizem as exceções do art. 13], expõe uma fragilidade da aplicação do princípio da tutela judicial efetiva em relação à criança, em descompasso com a opinião da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da proteção judicial dos interesses das crianças (Opinião Consultiva OC-17/2002).

V. **Encerra uma restrição desproporcional ao interesse superior da criança** (Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 17.4; Constituição Federal, art. 227; Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 3; Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4) **autorizar a devolução de um menor de 4 anos de idade à**

época da retenção [e que se encontrava em território brasileiro em companhia da mãe há 4 anos quando da execução da medida jurisdicional] **sem que a ele seja assegurado uma tutela judicial efetiva** (Convenção Americana de Direitos Humanos, arts. 8º e 25; Constituição Federal, art. 5º XXXV e LV) **capaz de precisar os limites da ingerência estatal (limites de limites) em decorrência do lapso de tempo, tais como a “integração da criança no novo meio” e o “risco grave” da devolução** (Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, arts. 12 e 13).

VI. Em conclusão, dá-se provimento ao agravo retido e, conseqüentemente, não se conhece dos demais recursos, de modo que o processo retome o curso, competindo ao juízo *a quo* também decidir sobre os efeitos processuais da concretização da decisão ora anulada e que culminou com a saída da criança do território nacional.” (grifo nosso)

No voto, o desembargador destacou uma decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Neulinger and Shuruk vs. Switzerland Judgment*, em que mais uma vez se destaca a necessidade de interpretação da Convenção de Haia de 1980 de acordo com o princípio do melhor interesse da criança:

**“É um direito fundamental de ambos os pais e das crianças que as decisões sobre a guarda dos filhos sejam tomadas com base no superior interesse de cada criança**, e, em certa medida, conforme o superior interesse também dos outros membros da família; ii. O art. 8º da Convenção Europeia, intitulado “Direito ao respeito pela vida privada e familiar” prevê que “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei for necessária em uma sociedade democrática [...]”; iii. **Portanto, os Estados nacionais não poderão tomar medidas nos termos da Convenção da Haia que não tenham como objetivo o superior interesse da criança; e iv. Portanto, todo caso à luz da Convenção da Haia requer a consideração do superior interesse**”.<sup>168</sup> (tradução livre) (grifo nosso)

Percebe-se, com isso, que uma leitura do artigo 12 da Convenção de Haia que leve em consideração o princípio do melhor interesse da criança está em consonância com o ordenamento pátrio e o ordenamento internacional, além de estar em conformidade com os objetivos da Convenção de Haia. Cada caso deve ser analisado nas suas particularidades e só deve ser determinada a devolução do menor se esta for a decisão que melhor atenda aos seus interesses e preserve os seus direitos. Mais do que uma leitura fria do texto da Convenção, que determine de forma automática e irrestrita o retorno do menor ao seu país de residência habitual, deve-se levar em conta, de forma superior a todos os outros, os interesses da criança que está inserida naquele litígio.

<sup>168</sup> Disponível em: <http://bit.ly/1T3U46K>.

## CONCLUSÃO

A Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é um diploma internacional que busca regular as situações de remoção ou retenção ilícita de crianças menores de 16 anos por um de seus genitores. Ela é aplicada a partir de um “sistema de cooperação jurídica internacional entre as autoridades centrais dos Estados Partes envolvidos”<sup>169</sup> e busca facilitar e possibilitar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, impedindo que fronteiras internacionais sejam responsáveis por perpetrar uma situação de remoção ilícita de menores.

A referida Convenção se apresenta como um importante instrumento para regular os casos que envolvem o sequestro internacional de crianças, pois busca superar os obstáculos para uma solução imparcial desses conflitos, protegendo o menor dos efeitos maléficos da sua remoção ilegal e levando em consideração, primordialmente, os interesses superiores da criança.

Por sua vez, o princípio do melhor interesse da criança reconhece a necessidade de se colocar os direitos e os interesses das crianças como prioridade e referência, seja no momento de criação de leis, seja no momento de decisão dos casos. Reflete, assim, uma proteção específica e individualizada para estes interesses, que devem prevalecer sobre os outros interesses em jogo, além de funcionar como um ponto de referência para assegurar a efetivação e a realização dos direitos dos menores.

Tendo como base os dados apresentados no presente trabalho, foi possível concluir que mais do que garantir o simples retorno da criança ao seu país de origem, a Convenção de Haia de 1980 se preocupou em proteger os interesses do menor envolvido naquele conflito. Desta forma, a previsão de retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual quando o lapso temporal for menor do que um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, contida no artigo 12 da Convenção, foi uma das medidas encontrada pelos países signatários para buscar a concretização dos direitos dos menores, não devendo ser entendida como uma previsão absoluta e imutável, não prevalecendo quando for claramente incompatível com o princípio do melhor interesse da criança.

---

<sup>169</sup> Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980 – Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. 2015, p.10.

Além disso, tendo como base as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Convenção de Haia de 1980, o princípio do melhor interesse da criança deve ser um balizador no momento de aplicação da Convenção, em especial no que se refere ao seu artigo 12. Outra interpretação iria de encontro ao sistema de proteção ao menor consagrado no ordenamento nacional e internacional.

Tendo isso em vista, concluiu-se que o retorno da criança só deve ser determinado se e quando for compatível com os seus direitos e interesses. O lapso temporal não pode ser o critério determinante para definir a solução da controvérsia e, por isso, para além do prazo previsto na Convenção é necessário que o julgador analise as particularidades de cada caso concreto e determine a solução que melhor atenda aos interesses do menor, apenas ordenando o seu retorno imediato quando esta solução se apresentar como a que melhor atenda aos seus interesses e preserve os seus direitos. Mais do que uma leitura fria do texto da Convenção, que determine de forma automática e irrestrita o retorno do menor ao seu país de residência habitual, deve-se levar em conta os superiores interesses da criança que está inserida naquele conflito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Anderson Pereira de Andrade. *A Convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios*. In: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 8, V. 15, jan./jun. 2000.

Autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4245. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2679600>>

BASSO, Maristela. *30 anos da Convenção sobre sequestro internacional de menores: equívocos e injustiças*. Justificando, Carta Capital. 2014. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/02/30-anos-da-convencao-sobre-sequestro-internacional-de-menores-equivocos-e-injusticas/>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. 1ª Edição. Brasília: AGU/PGU, 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Anotado e Interpretado*. Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 6ª edição, 2013.

FONSECA, Carolina Lattario. *Paternidade Socioafetiva, Adoção à Brasileira e suas Atuais Implicações*. Rio de Janeiro. Dezembro de 2013.

MENDES, Moacyr Pereira. *A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente a lei 8.069/90*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: PUC/SP, 2006.

PEREIRA, Tânia Da Silva. *O Princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. In: Conferência baseada na pesquisa que resultou no texto publicado na obra coletiva intitulada O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar editada pela Editora Renovar em novembro de 1999 e no trabalho de atendimento à população infanto-juvenil

junto à Primeira Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro realizado pelo PAPI/RJ- "Posto Avançado Proteção Integral".

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida Santos. *A proteção da Criança e a Convenção de Haia de 1980*. In: Palestra proferida na abertura do III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, em 27.08.2009. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o\\_Crian%C3%A7a\\_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24111/Prote%C3%A7%C3%A3o_Crian%C3%A7a_Conven%C3%A7%C3%A3o.doc.pdf)>. Acesso em 24 de maio de 2017.

SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (Coord.). *Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

Texto da Convenção de Haia de 1980 acrescido de comentários elaborados pelos membros do Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>>

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10588&revista\\_caderno=12](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12)>. Acesso em 21 de fevereiro de 2017.