

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

HELENICE OLIVEIRA DE MORAES

**A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DA SUBTRAÇÃO INTERPARENTAL
INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: A PROBLEMÁTICA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL E A PROPOSTA DE TUTELA ESPECÍFICA DE PROTEÇÃO**

Porto Alegre

2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

HELENICE OLIVEIRA DE MORAES

**A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DA SUBTRAÇÃO
INTERPARENTAL INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: A PROBLEMÁTICA DA
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E A PROPOSTA DE TUTELA
ESPECÍFICA DE PROTEÇÃO**

Texto apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito – Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), como requisito avaliativo para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2019



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br

A Deus, por me permitir chegar até aqui.

À minha mãe, Neusa, minha fortaleza, exemplo e refúgio.

Ao meu pai, Heleno, pela leveza, amizade, carinho e compreensão. Sem vocês, nada seria possível!

AGRADECIMENTOS

Fica registrado o meu agradecimento a todos que contribuíram para esse importante passo em minha vida acadêmica. Merecem agradecimento especial os meus pais e familiares por todo o incentivo e paciência com as minhas ausências. Gratidão também aos amigos que verdadeiramente torceram por esta conquista, em nome da amiga Kátia Regina, pelo incentivo desde a seleção para o programa de doutorado, acompanhando todas as fases e me ensinando a ter serenidade e a seguir adiante.

Ao Centro Universitário Cesmac, pela iniciativa de nos proporcionar qualificação em excelência, por meio do DINTER em convênio firmado com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS; instituição à qual também rendo as minhas homenagens na pessoa do prof. Ingo Sarlet.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e aos professores convidados, pelo brilhantismo transmitido através dos seus ensinamentos.

Aos meus colegas da turma do doutorado, pelos ótimos momentos partilhados. Foi uma troca de experiência ímpar!

Aos meus alunos, por toda a compreensão.

Ao meu orientador Eugênio Facchini, pela generosidade intelectual e pela magistral colaboração na produção do presente trabalho.

Destaco agradecimento especial ao amigo Beclaute Oliveira Silva e ao professor George Sarmiento Lins Júnior, pela presteza, disponibilidade e gentileza.

Por fim, o meu agradecimento a todos que acreditam na proteção dos direitos humanos fundamentais das crianças como forma de construção de uma sociedade melhor.

RESUMO

A presente tese foi ancorada em pesquisa analítica, tomando por referenciais a doutrina e jurisprudência mediante o estudo da Convenção da Haia de 1980, com a finalidade de propor a solução do conflito da subtração de crianças, promovendo a sua devolução imediata, conforme previsão da Convenção, quando o Estado brasileiro for o país de refúgio. Para tanto, se fez necessário o estudo da proteção da criança no contexto internacional a partir de uma digressão histórica, demonstrando, ao final, que a Convenção da Haia se classifica como um tratado de direitos humanos. Analisa-se também a impropriedade do termo sequestro, ao tempo que se procede à diferenciação entre este tipo penal e a conduta prevista na Convenção. Contextualiza-se o bem jurídico da proteção integral, primazia do interesse da criança e do adolescente, e a da correta interpretação do princípio do superior interesse da criança, proporcionando a correta aplicação da Convenção, evitando o excesso de prazo. Os procedimentos administrativo e judicial para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 também foram demonstrados, concluindo-se pela necessidade do controle de convencionalidade na modalidade difusa para o alcance da efetivação da Convenção.

Palavras-chave: Convenção da Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças. Proteção Integral. Primazia do Interesse da Criança. Convívio Familiar. Direitos Humanos. Cooperação Jurídica Internacional. Efetivação. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

The present thesis was anchored in analytical research, taking as reference the doctrine and jurisprudence, aiming at the study of the Hague Convention of 1980 with the purpose of proposing the solution of the conflict of subtraction of children, promoting their immediate return, according to the provisions of the Convention when the Brazilian State is the country of refuge. To do so, it was necessary to study the protection of children in the international context from a historical digression, showing in the end that the Hague Convention is classified as a human rights treaty. It was also analyzed the impropriety of the term kidnapping, while the differentiation between this criminal type and the conduct provided for in the Convention was analyzed. It contextualizes on the legal good of integral protection, primacy of the interest of the child and the adolescent and of the correct interpretation of the principle of the superior interest of the child, providing the correct application of the Convention, avoiding the excess of term. The administrative and judicial procedures for the application of the 1980 Hague Convention have also been demonstrated, concluding that there is a need to control conventionality in a diffuse way to achieve the Convention.

Keywords: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. Integral Protection. Primacy of the Child's Interest. Family life. Human rights. International Legal Cooperation. Effectiveness. Conventional Control.

LISTA DE SIGLAS

ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal

AGU – Advocacia-Geral da União

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CH- 80 – Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças

CJF – Conselho de Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

INCADAT – International Child Abduction Database

MJ – Ministério da Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TP – Taking Parent (Genitor detentor da criança)

TRF – Tribunal Regional Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

SEDH – Secretaria Especial dos Direitos Humanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OEA – Organização dos Estados Americanos

CP – Código Penal

CRFB - constituição da República Federativa do Brasil

DRCI/SNJ – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania

MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO TRANSNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO ALCANCE DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA	17
1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789	18
1.2 A Declaração de Genebra de 1924 ou Carta da Liga sobre a Criança.....	19
1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	21
1.4 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959.....	22
1.5 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989	23
1.5.1 O princípio do melhor interesse da criança no contexto de proteção internacional	27
1.6 Da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado	29
1.6.1 Da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: considerações	32
1.6.2 A Convenção da Haia de 1980: surgimento e mecanismos de atuação	35
1.6.3 Objetivos da Convenção.....	36
1.6.4 Mecanismos de Aplicação da Convenção da Haia de 1980	45
1.7 Da Natureza Jurídica da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças	49
2 A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO NO BRASIL DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	55
2.1 Da doutrina da indiferença	55
2.2 Da doutrina menorista	59
2.3 Da doutrina da proteção integral	63
2.3.1 A Constituição Federal como consagradora do princípio da proteção integral – do “direito do menor” ao “direito da criança e do adolescente”	65
2.4 Dos Princípios Jurídicos – exposição abreviada.....	69
2.4.1 Do Princípio da Prioridade Absoluta.....	73
2.4.2 Do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	75
2.5 Dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes.....	78
2.5.1 Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade.....	80
2.5.2. Direito à Convivência Familiar e Comunitária	81
2.6 A Aplicação da Convenção sobre Subtração de Crianças no Brasil	84
2.6.1 Subtração Internacional de Crianças de acordo com a Convenção da Haia de 1980.....	87
2.6.1.1 Subtração segundo o Ordenamento Jurídico Brasileiro	89
2.6.1.2 A Proteção da Família e da Convivência Familiar na Legislação Penal Brasileira	93
3 DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980	100
3.1 Os procedimentos administrativo e judicial de aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil.....	102
3.1.1 Da cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil brasileiro	111
3.1.2 Limites materiais da cooperação internacional	118
3.1.3 Do auxílio direto: autoridade central e substituição processual	120
3.1.4 Da cooperação processual por meio dos juízes de enlace	124
3.1.5 O Poder Judiciário brasileiro e a análise do princípio do melhor interesse da criança na	

aplicação da Convenção de Haia de 1980	126
4 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.....	141
4.1 Os tratados internacionais de direitos humanos e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	143
4.2 O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.....	150
4.3 Do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro	154
4.4 A aplicação no Brasil do controle difuso de convencionalidade da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração interparental de crianças	160
CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	172
ANEXOS	183

INTRODUÇÃO

A proteção da criança e do adolescente é o cerne principal deste estudo e, especificamente, será analisada a situação de subtração ou retenção ilícitas. Para tanto, vale observar que no período após a Segunda Guerra Mundial o tema alcançava pouca visibilidade, havendo uma concordância à época de que se tratava de questão a ser solucionada pelas famílias, sem a interferência do Estado.

Posteriormente, a partir da década de 1960, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado enfrentou o tema a partir da Convenção de Haia de 1961, sobre a Proteção de Crianças, momento a partir do qual a subtração fora considerada um ilícito e quando então se fixou o entendimento acerca da residência habitual. No entanto, em razão da pouca adesão, a Convenção não surtiu os efeitos esperados.

A despeito da ausência de normas suficientes para coibir os casos de subtração e/ou retenção ilícitas, os casos continuavam a ser registrados, fazendo-se necessária a tomada de providências para coibir o ilícito internacional.

Neste contexto, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado aprofundou os estudos sobre a subtração internacional de crianças, com a adoção do termo “subtração legal” ou *legal kidnapping*, posteriormente substituído para “subtração” ou *abduction*.

Somente no ano de 1979, elaborou-se uma proposta para o retorno imediato da criança no caso de subtração e/ou retenção ilícitas, sendo, tal documento, o esboço da futura Convenção de Haia de 1980. Após o advento da Convenção, o Brasil somente após duas décadas tornou-se signatário do tratado, a partir da aprovação do Congresso Nacional em 15 de setembro de 1999, por meio do Decreto nº 79, que publicou o Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, confirmando a adesão.

Busca-se demonstrar nesse trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que diante do contexto de proteção tanto no aspecto nacional como internacional dos direitos dos infantes, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças ainda não vem sendo aplicada da forma correta, o que impede a sua executoriedade de forma plena.

Com o objetivo de propor melhoria para a aplicabilidade da norma internacional em destaque, a ponto de torná-la eficiente e condizente com a proteção de bem jurídico dos mais fundamentais que é a convivência familiar, fraciona-se este estudo em quatro capítulos.

Cumprido esclarecer que o método analítico fora empregado na pesquisa, que se desenvolveu mediante a coleta de dados doutrinários e jurisprudenciais acerca da subtração

internacional de crianças. Compreendendo a metodologia em revisão bibliográfica, com a utilização de livros, artigos jurídicos e decisões judiciais.

A importância do tema se apresenta na proteção do direito fundamental de convivência familiar e comunitária conferido a crianças e adolescentes, em consonância com a linha de pesquisa acerca da eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado do programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

Num primeiro momento, discute-se o direito transnacional de crianças e adolescentes, por meio de uma abordagem histórica dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança. Para tanto, demonstra-se que somente ao final da Segunda Guerra Mundial a proteção dos direitos humanos tornou-se pauta dos Estados e Organizações Internacionais com fins de regulamentação.

Numa digressão histórica, apresenta-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; a Declaração de Genebra de 1924 ou Carta da Liga sobre a Criança, tido como documento pioneiro na proteção de crianças e adolescentes no âmbito internacional; como marco histórico, pontua-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que particularmente em relação às crianças reconhece a necessidade de proteção especial, amparando-as como sujeitos de direitos, conferindo-lhes o exercício e o gozo de todos os direitos humanos; segue-se com os instrumentos internacionais de proteção, destacando-se a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que promoveu a inserção de crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos no âmbito internacional. Na linha evolutiva, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 passa a tratar dos direitos da criança de forma expressa, consagrando-os no cenário internacional por meio da Convenção.

Em seguida, o capítulo analisa o princípio do melhor interesse da criança no contexto de proteção internacional, apresentando os tratados internacionais de proteção e concluindo que a interpretação de tal princípio se mostra crucial para a efetivação da Convenção.

Por fim, a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado é exibida, não sem antes fazer-se uma incursão acerca da Teoria Geral das Organizações Internacionais, para, em seguida, tratar-se da Convenção de Haia de 1980, seu surgimento, os objetivos e modo de atuação. Nesse contexto, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças é analisada considerando os mecanismos utilizados para a sua aplicação efetiva, bem como sua aplicação da mesma no Brasil. Conclui-se pela natureza

jurídica de tratado de direitos humanos, habilitando-o para a discussão do controle de convencionalidade.

Em seguida, a pesquisa almeja demonstrar que a conduta descrita na Convenção de Haia de 1980 possui distinções em relação ao subtraçãotipificado pelo Código Penal brasileiro. A contextualização entre Direito Penal e a Constituição Federal brasileira é outro ponto de debate.

No segundo capítulo, o estudo trata da proteção de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e também da aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil. As doutrinas da indiferença, menorista e da proteção integral foram examinadas a fim de delimitar o momento de proteção da criança e do adolescente no direito pátrio, sem esquecer a contextualização com o momento histórico e social de cada uma das teorias. Observa-se a consagração do princípio da proteção integral no texto da Constituição Federal de 1988, quando crianças e adolescentes são, a partir de então, considerados sujeitos de direitos, demonstrando-se total consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ainda, o capítulo aborda uma exposição abreviada acerca dos princípios jurídicos com a finalidade de debater os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. É, esse último, de relevante discussão para o cumprimento da Convenção de Haia de 1980, já que comumente utilizado para a fundamentação de negativa do retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual, quase sempre levando em conta a interpretação subjetiva do magistrado.

Aborda-se a forma de interpretação dos princípios apontados para a averiguação do correto atendimento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. No caso da Convenção de Haia de 1980, deve-se proteger o direito à convivência familiar, considerando criança e adolescente como sujeitos de direitos. Com este fim, os direitos de liberdade, respeito e dignidade também foram estudados para a conclusão do direito à convivência familiar e comunitária como o bem jurídico de proteção da normativa internacional objeto do presente trabalho.

A aplicação da Convenção de Haia de 1980 encerra o capítulo, demonstrando os procedimentos empregados, bem como a impropriedade da utilização do termo “sequestro”, empregado quando da tradução brasileira da Convenção.

Tendo como um dos objetivos analisar as consequências da lentidão processual e a influência do processo moroso nas decisões dos juízes quanto ao retorno da criança ao seu país de residência habitual, por considerá-las adaptadas ao país de refúgio; o capítulo terceiro

aponta para a necessidade da implementação de procedimento especial para a busca da efetividade da Convenção, elucidando a questão da cooperação jurídica internacional na aplicação da Convenção de Haia de 1980. Os procedimentos administrativo e judicial da aplicação também são delineados; a cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil brasileiro é trazida ao estudo, e, da mesma forma, os limites da cooperação internacional; o mecanismo do auxílio direto e a autoridade central; a figura dos juízes de enlace com a sua atuação nos casos concretos, culminando com a análise de decisões jurisprudenciais, com o fito de averiguar a atuação do Poder Judiciário brasileiro na aplicação da Convenção de Haia de 1980, principalmente no que tange a utilização do princípio do melhor interesse da criança como fundamento das decisões.

Os dados referentes aos julgados foram obtidos em pesquisa de jurisprudência unificada no *site* do Conselho da Justiça Federal¹, com julgados catalogados entre os anos de 2008 a 2013, já que o Brasil não colabora com a base de dados do INCADAT – International Child Abduction Database, um banco de dados internacional sobre subtração de crianças.

A intenção da análise jurisprudencial é a averiguação da aplicação da Convenção de Haia no Brasil, considerando-se principalmente o excesso de prazo, a interpretação do princípio do melhor interesse da criança, ante as exceções autorizadas pela própria Convenção.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, discute-se a razoável duração do processo, tema também trazido pela Convenção de Haia de 1980, que exige a conclusão do processo de retorno, seja administrativo ou judicial, no prazo de seis semanas, conforme regra do artigo 11.

A observação crítica da utilização das exceções é o ponto principal de debate. Não se nega a necessidade trazida pelas exceções que, de fato, demandam uma demora comparada ao prazo estabelecido pela Convenção para a conclusão dos trabalhos. O que se questiona é a utilização deliberada das exceções como pretexto para o descumprimento da Convenção, padecendo esta de efetividade. Os critérios subjetivos que permitem a discussão pelos magistrados levam à conclusão corriqueira da adaptação da criança, conforme se conclui da análise dos julgados acima descritos, por vezes, retirando destas o seu direito fundamental à convivência familiar.

Como forma de solução para o questionamento acima apontado, o quarto capítulo aborda o controle de convencionalidade da Convenção de Haia sobre os aspectos civis da

¹ Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br>>.

subtração internacional de crianças como meio hábil para a garantia dos direitos humanos. Considerada já elucidada a questão da natureza jurídica da Convenção como tratado de direitos humanos, em decorrência da adesão ao bloco de constitucionalidade, como também por ser instrumento de efetivação da Convenção da ONU de 1989.

Para que se quedem as dúvidas quanto a natureza jurídica da Convenção, a aplicabilidade dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro é aferida por meio da investigação das decisões judiciais, para, em seguida, demonstrar-se o controle jurisdicional da convencionalidade das leis; o controle de convencionalidade no direito brasileiro, concluindo-se pela modalidade de controle difuso de convencionalidade, a ser aplicado em razão da Convenção de Haia de 1980 em busca da celeridade preconizada em seu texto; como também a observância dos limites quando da aplicação das exceções. Necessária a uniformidade da aplicação da Convenção e da ordem jurídica interna e internacional, em busca do princípio *pro homine*, podendo tal pretensão ser alcançada mediante a atuação dos julgadores, com a técnica do controle de convencionalidade na modalidade difusa.

1 O DIREITO TRANSNACIONAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO ALCANCE DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ao final da Segunda Guerra Mundial e diante de um cenário de destruição, principalmente de violência contra a vida humana, tornou-se imperioso um posicionamento da comunidade internacional para uma tomada de providências em caráter urgente, visando à solução do contexto do momento, bem como para a imposição de uma normatização que impedisse que tais atrocidades se repetissem. Neste panorama, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade precípua de manutenção da paz internacional, por meio da facilitação da cooperação para a segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social e direitos humanos.

Como resultado da instrumentalização de normas propostas no contexto internacional, a ONU assinou no ano de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um documento de singular importância para a proteção dos citados direitos, reconhecidos como universais e indivisíveis. No entanto, passíveis de mudanças em decorrência das transformações sociais e da necessária adaptação do texto à evolução humana.

Vale a transcrição da doutrina de Flávia Piovesan² sobre o tema:

[...] a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Assim, partindo-se do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos [...].

Para Norberto Bobbio³,

pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. Com essa declaração, um sistema de valores é – pela primeira vez na história – universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado.

² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 36-37.

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992, p. 28

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu bojo a proteção dos direitos de crianças e adolescentes. Ainda que não o tenha feito especificamente, considerando a peculiar faixa etária, o fez por se tratar de instrumento internacional de consagração de direitos homogêneos. Serve de lastro para a positivação dos direitos infantojuvenis.

Cabe apontar que os artigos 25 e 26 da citada Declaração já vislumbram a proteção à infância no tocante aos cuidados e assistências especiais à maternidade, bem como a instrução. Trata-se de garantia de proteção social sem discriminação quanto à origem da filiação, conferindo à maternidade, e à infância, um tratamento diferenciado. A garantia também se estende à instrução, termo que se traduz no direito ao acesso à educação de forma gratuita, desde os níveis básicos e elementares até o ensino superior.

Visa a Declaração que a educação seja capaz de desenvolver plenamente a personalidade das pessoas em todos os seus aspectos, inserindo-os na sociedade de forma sadia e harmoniosa, a fim de que, cômnicos dos seus direitos e dos de seus semelhantes, sejam mais tolerantes e humanos.

Doravante, crianças e adolescentes passaram a ter proteção a partir de um sistema heterogêneo, resultado de tratados internacionais que versaram sobre o tema, conforme se verá em seguida. Ainda que numa apreciação concisa, serão pontuados os tratados internacionais numa evolução histórica de construção dos direitos das crianças que remontam a datas anteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Na Declaração Francesa, datada do ano de 1789, percebe-se que os direitos das crianças e dos adolescentes não encontram proteção, dado que não se vislumbra uma proteção específica e categorizada, em razão da faixa etária. No entanto, a citada Declaração proclamava a proteção do homem entendido enquanto gênero.

Nesse sentido, o texto da Declaração⁴ assim afirma:

Art. 1º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções só podem fundamentar-se na utilidade comum.

⁴ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Art. 1º. Disponível em: <http://www.pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuação-e-conteúdos-deapoio/legislação/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2019.

Descrevem Gregório Peces-Barba Martínez e Ricardo Manrique García⁵ que o texto internacional em destaque se apresenta como padrão para a proteção dos direitos humanos, sendo, portanto, elemento para a construção de tais direitos. Destacam que:

O mundo dos direitos humanos não termina em 1789, como, por outro lado, a realidade foi encarregada de demonstrar. Seu valor é vivo e dinâmico para avançar na defesa da dignidade do homem, para que ele possa perceber sua liberdade ou sua independência moral, e como modelo de justiça material da ordem jurídica.

Os autores deixam claro que a temática dos direitos humanos é constantemente alterada pelos fatos sociais, daí a sua dinamicidade, que deve caminhar ao lado da busca incessante pela proteção dos ditos direitos, protegendo as liberdades de maneira primordial como forma de permitir a necessária proteção dos demais direitos que são decorrentes e correlatos.

1.2 A Declaração de Genebra de 1924 ou Carta da Liga sobre a Criança

Cabe registro dos documentos internacionais que antecederam a Declaração de Genebra, devendo ser apontados como ações de proteção à criança. São eles: a Convenção aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em 1919, que estabeleceu idade mínima para o trabalho, bem como a Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, sancionada no âmbito da Liga das Nações⁶.

Por seu turno, a Convenção de Genebra, também denominada Carta da Liga sobre a Criança, é um documento pioneiro na busca da proteção de criança e adolescente no âmbito internacional, oriundo da Liga das Nações, organização internacional criada com a finalidade da preservação da paz mundial e que teve seu fenecimento por não ter evitado a Segunda Guerra Mundial. Como consequência, observou-se a falta de efetividade da Carta assinada no ano de 1924 e que tinha por intenção a proteção da infância em todos os seus aspectos.

Havia críticas quanto à Carta no tocante à falta de coercitividade perante as nações, porquanto atuava apenas com a natureza jurídica de recomendação da organização aos

⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael (Dirección). **Los textos de la Revolución Francesa in História de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid: Dykinson, 2001. p. 201-211. No original: “El mundo de los derechos humanos no acaba em 1789, como por otra parte la realidad, se há encargado de demostrar, su valor es vivo y dinâmico para avanzar em la defensa de la dignidade del hombre, para que pueda realizar su libertad o su independência moral, y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico”.

⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a criança no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82.

governos. Também se apontavam falhas ao tratar da proteção de crianças, tão só listando deveres dos adultos para com estas, numa total ausência de reconhecimento delas como sujeitos de direitos.

Para uma melhor análise das críticas apontadas, vale a transcrição de trecho que compõe a Declaração⁷ em destaque:

Pela presente Declaração dos Direitos da Criança, comumente conhecida como a Declaração de Genebra, homens e mulheres de todas as nações, reconhecendo que a Humanidade deve à criança o melhor que tem a dar, declara e aceita como sua obrigação que, acima e além de quaisquer considerações de raça, nacionalidade ou crença:

- I. A criança deve receber os meios necessários para seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual;
- II. A criança que estiver com fome deve ser alimentada; a criança que estiver doente precisa ser ajudada; a criança atrasada precisa ser ajudada; a criança delincente precisa ser recuperada; o órfão e o abandonado precisam ser protegidos e socorridos;
- III. A criança deverá ser a primeira a receber socorro em tempos de dificuldades;
- IV. A criança precisa ter possibilidade de ganhar seu sustento e deve ser protegida de toda forma de exploração;
- V. A criança deverá ser educada com consciência de que seus talentos devem ser dedicados ao serviço de seus semelhantes.

Da leitura dos artigos referentes à Declaração destacada, a criança aparece intensamente protegida, principalmente no aspecto da primazia e da assistência para a sua manutenção em todos os aspectos. Restam consignadas tais obrigações para toda a humanidade.

Ainda quanto ao reconhecimento da Convenção de Genebra como marco da proteção dos direitos infantojuvenis, Limongi⁸ escreve:

Assim tem início em 1924, com a Liga das Nações, a trajetória evolutiva internacional para a doutrina da proteção integral dos infantes, predecessora da Organização das Nações Unidas, através da Declaração de Genebra, onde, pela primeira vez na história, uma entidade internacional posicionava-se expressamente em prol dos direitos dos menores de idade, tomando assim, uma posição definida ao recomendar aos Estados filiados, cuidados legislativos próprios, destinados a beneficiar especialmente a população infantojuvenil.

Resta nítida a proteção integral, quando em seu preâmbulo a Declaração estabelece a ausência de preconceito quanto a raça, origem ou crença. Da mesma forma, reconhece a

⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional**: a criança no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82.

⁸ LIMONGI, Carlos José Sterse. **Tratados, Convenções Internacionais** – Evolução Histórica, Social, Legislativa – Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente na Legislação Brasileira (CF e ECA). Goiânia: Escola Superior da Magistratura (Esmeg), 2014/2016. p. 15.

preferência de atendimento, assistência, abrigo e proteção, colocando as crianças a salvo de qualquer tipo de exploração, como compromisso da humanidade; distinguindo-as como sujeitos de direitos perante a sociedade e o Estado, que se tornaram responsáveis pelo desenvolvimento infantil na perspectiva material e espiritual.

1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Na esteira da evolução histórica da proteção dos direitos humanos, em 1948 a Organização das Nações Unidas, por intermédio de sua Assembleia Geral, adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos mediante a aprovação de 48 Estados, com oito abstenções, não havendo registro de reserva ou questionamento quanto ao texto da Declaração, numa clara demonstração de concordância acerca de ditames universais a serem observados pelos Estados⁹.

Os objetivos da Declaração podem ser descritos conforme a seguinte lição de Flávia Piovesan¹⁰:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais [...]. Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Analisando-se o caráter universal da Declaração, é de fácil conclusão a proteção implícita das crianças e dos adolescentes, uma vez que o texto de quase todos os artigos se inicia com a expressão “toda pessoa”. Por sua vez, de forma clara, o artigo 25.2¹¹ torna explícita a proteção às crianças, nos seguintes termos: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da proteção social”.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 209.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 210.

¹¹ UNICEF. **Os direitos das crianças e dos adolescentes**: legislação, normativas, documentos e declarações. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Reconhece a Declaração¹² a necessidade de proteção especial para as crianças, sendo estas amparadas como sujeitos de direitos, conferindo-lhes o exercício e o gozo de todos os direitos humanos.

No entanto, vale frisar que juridicamente a Declaração tem o *status* de resolução e não de tratado; sendo assim, não possui força cogente.

Segundo Dolinger¹³,

a Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução, que, por sua vez, não apresenta força de lei. O propósito da Declaração, como proclama seu preâmbulo, é promover o reconhecimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais a que faz menção a Carta da ONU.

Para Thomas Buergenthal¹⁴, apud Flávia Piovesan, “a Declaração veio simbolizar o que a comunidade internacional entendia por ‘direitos humanos’, fortalecendo a convicção de que todos os governos têm a obrigação de assegurar o exercício dos direitos proclamados pela Declaração”.

Buscando fundamento no artigo 28 do texto internacional em debate, chega-se ao arremate de que, em virtude do direito conferido a todos de uma ordem social e internacional em que direitos e liberdades sejam inteiramente realizados, há o compromisso dos Estados-membros das Nações Unidas com a promoção universal dos direitos consagrados neste instrumento.

1.4 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959

Seguindo na linha evolutiva, apresenta-se a Declaração dos Direitos da Criança como um tratado aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas que modificou o entendimento da infância e expandiu o elenco dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes, com proteção agora assegurada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A alteração anunciada se mostra quando a proteção infantojuvenil não se dá por meio da universalização dos direitos a todas as crianças, reconhecendo-se a necessidade da promoção do melhor interesse destas, assegurando a esta faixa etária uma série de direitos,

¹² ALCAIDE, Carlos Villagrasa; BALLESTÉ, Isaac Ravetllat (Coords.) Rivera Lourdes Wills. **La incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa in Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona: Editorial Bosch, 2009. p. 115.

¹³ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a criança no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 216-217.

¹⁴ BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. Minnesota: West Publishing, 1998. p. 30-31 apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 205.

inserindo-as na categoria de sujeitos de direitos e primando-se pelo seu interesse superior. É esta a baliza de orientação para toda e qualquer ação voltada para a criança e o adolescente.

A Declaração dos Direitos da Criança traz à cena desta temática atores importantes para a consecução dos objetivos estabelecidos no seu texto, pois que conta com o apoio dos pais, da sociedade civil organizada, organizações voluntárias, autoridades locais e governos nacionais, num ânimo conjunto para a consagração legislativa dos princípios que estabelece¹⁵.

A necessidade dessa união de forças deve-se ao fato de que a Declaração não possui valor jurídico obrigatório, uma vez que baseia a sua construção em princípios, apontando-se seu “caráter simbólico”¹⁶.

A partir dos princípios que compõem a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, deixou esta população de ser tratada de forma assistencialista, passando a gozar de direitos e liberdades, já que alçada à categoria de sujeitos de direitos a partir de então.

O alcance de tal categoria deve-se à consagração dos princípios da Declaração que protegem as crianças de qualquer discriminação; confere proteção integral com vistas a um desenvolvimento sadio e harmonioso, considerando os aspectos físico, mental, moral, espiritual e social e em condições de liberdade e dignidade; o reconhecimento do direito a um nome, nacionalidade, seguridade social, nutrição adequada, habitação, recreação, serviços médicos, educação, convivência familiar, bem como auxílio e socorro; a proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração; e a proteção contra o trabalho infantil¹⁷.

Dá se vislumbra a inserção de crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos no âmbito internacional, no exercício dos seus direitos e liberdades, a serem protegidos com primazia e de forma integral, proporcionando-lhes um desenvolvimento sadio e equilibrado, na busca de formar cidadãos em condições de convivência plena em sociedade.

1.5 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989

A Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 e ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em vigor no ano de 1990, com o compromisso de conferir

¹⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a criança no direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

¹⁶ TOMÁS, Catarina. **Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas**. *Infância e Juventude*, n. 4, out./dez. 2007. p. 123.

¹⁷ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaração_dos_Direitos_da_Criança.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

tratamento prioritário às crianças e aos adolescentes. Adota-se, a partir desse instante, a doutrina da proteção integral, com vistas a tratar com primazia crianças e adolescentes, visto que são sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento.

Os direitos da criança passaram a ser expressa e detalhadamente consagrados por meio da Convenção, que hoje conta com a adesão de 191 Estados. Considerada uma baliza na temática da criança, é definida pela Convenção¹⁸ em seu artigo 18 da seguinte forma: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”. Portanto, quando em referência à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, não será preciso fazer a distinção ou a explicitação dos termos criança e adolescente, tendo em vista que, conforme explanado, criança é termo que abrange, também, a fase da adolescência.

Inaugura-se uma nova perspectiva de proteção da criança, pois a doutrina agora implantada se apresenta como um marco de amparo à coletividade infantojuvenil, alicerçada sob os aspectos do reconhecimento da sua condição peculiar em desenvolvimento, tidos como sujeitos de direitos e detentores da necessidade de proteção especial. Neste contexto, a convivência familiar aparece como protagonista, como também o compromisso das nações signatárias desta Convenção de assegurar com absoluta prioridade os direitos elencados por tal instrumento.

Como já registrado, a Convenção aqui em exposição se apresenta como um paradigma de proteção das crianças, assegurando direitos em sua integralidade e passando a reconhecer as pessoas desta faixa etária como destinatárias primárias do amparo elencado. Situação inovadora, uma vez que a condição peculiar resultante da idade não era o fundamento por si só da norma que de forma transversa conferia abrigo aos infantes. Não havia até então a observância da individualidade das crianças como cidadãos; a Convenção impôs tal obrigação ao tempo que possui natureza coercitiva e medidas de controle visando à sua efetividade no âmbito dos Estados pactuantes.

A inovação trazida pela Convenção de 1989 decorre do fato de se conferir coercitividade ao texto. Na observação de Catarina de Albuquerque, assim se traduz: “consiste no primeiro instrumento internacional que vem fixar um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos da criança”¹⁹. Assim, a criança efetivamente passa a ser

¹⁸ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

¹⁹ ALBUQUERQUE, Catarina de. Os direitos das crianças em Portugal e no mundo globalizado: o princípio do superior interesse da criança. In: MONTEIRO, A. Reis; LEANDRO, Armando Gomes; ALBUQUERQUE, Catarina de [et. al.]. **Direitos das Crianças**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 40.

sujeito de direito, restando claro que a Convenção torna os Estados juridicamente responsáveis pela concretização dos direitos delineados em seu texto. Por sua vez, a Declaração dos Direitos da Criança, datada de 1959, trazia em seu bojo apenas obrigações de natureza moral que se apresentavam para os Estados como norte de conduta.

Corroborando o pensamento acima exposto, Monteiro²⁰ afirma que a Convenção dos Direitos da Criança

é um instrumento do Direito Internacional dos Direitos Humanos que se distingue dos demais: a) por ser um Tratado, logo um instrumento jurídico internacional obrigatório; b) por ser o Tratado mais extenso e amplo sobre direitos humanos; c) é o instrumento jurídico internacional mais completo sobre os direitos das crianças; d) é o mais universal dos instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, além de ser o segundo texto jurídico mais traduzido no mundo, perdendo apenas para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Observa-se que o texto da Convenção de 1989²¹ se fundamenta em princípios basilares que determinam para o futuro um contexto de proteção da criança em caráter universal:

Artigo 2º - 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 raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

Diante disso, o artigo segundo da Convenção em análise traz em seu texto o princípio da não discriminação, devendo ser assegurada a toda criança, por meio da jurisdição dos Estados partes, a segurança de que elas não serão vítimas de qualquer tipo de discriminação.

Ainda no contexto do exame dos princípios fundantes da Convenção, vale a transcrição do seu artigo sexto²²:

Artigo 6º - Os Estados-Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
Os Estados-Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

O princípio em destaque consagra não somente o direito à vida, mas à sobrevivência e ao desenvolvimento. Pontua-se que no âmbito de proteção da Convenção, a sobrevivência e o desenvolvimento adquirem um grau de importância elevado. Deve-se traduzir a sobrevivência

²⁰ MONTEIRO, A. Reis. **Direitos da criança: era uma vez...** Coimbra, Almedina, 2010, p. 36-37

²¹ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²² CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

como a possibilidade de uma existência dentro de padrões mínimos de respeito aos direitos de qualquer ser humano. Da mesma forma, o desenvolvimento visa à proteção integral da criança, devendo aqui ser analisado sob o argumento físico, moral, espiritual, mental, emocional, cognitivo, social e cultural.

O artigo 12 da Convenção²³ trata do princípio da liberdade de opinião e expressão das crianças, considerando a maturidade e a idade destas. Consagra também o direito de serem ouvidas em processos administrativos ou judiciais em que sejam parte ou lhes diga respeito. Assim reza o artigo:

Artigo 12 - Os Estados-Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete à mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Demonstrando a importância da proteção das crianças e a prioridade no atendimento dos direitos destas, o artigo terceiro da Convenção²⁴ consagra o princípio do superior interesse da criança, colocando em posição prioritária o atendimento de todos os direitos que lhes são inerentes e atribuindo aos Estados Partes a responsabilidade pelo alcance de tal finalidade.

Artigo 3º - Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

²³ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

²⁴ CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2019.

O princípio do superior interesse da criança, a partir de então, foi tomado como o embasamento de todo o aparelho de proteção dos direitos desta, servindo como vetor de condução da tomada de decisões que envolvem demandas relacionadas às crianças. Desta forma, é de suma importância o estudo mais aprofundado de tal princípio, uma vez que sua discussão norteará o presente trabalho, na busca da efetiva proteção infantojuvenil.

1.5.1 O princípio do superior interesse da criança no contexto de proteção internacional

Como explanado, o princípio do melhor interesse da criança assume a regência na defesa dos direitos dos infantes, sendo de relevo a averiguação, ainda que breve, da sua inserção nos textos internacionais.

Tendo em vista que toda a construção jurídica de proteção da criança se fundamentou no princípio do melhor interesse da criança, cumpre destacar alguns tratados internacionais, até mesmo anteriores à Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, de 1989, que já consagravam tal princípio, conforme descrição a seguir: Artigo 2º da Convenção dos Direitos das Crianças, de 1959; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979; Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças; Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 1993; e a Convenção de Haia sobre Subtração Internacional de Crianças, de 1980, tema principal do nosso estudo.

Apesar de o princípio do melhor interesse da criança se fazer presente em diversos instrumentos internacionais, é válido ressaltar que somente a partir da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, tal princípio se mostra de forma ampla, alcançando crianças na condição de sujeitos de direitos efetivamente assegurados por uma norma agora coercitiva e que propugna a proteção destas com primazia e nos mais diversos aspectos de suas vidas, sendo, portanto, o condutor na construção dos textos internacionais que o sucederam.

Por seu turno, Andréia Amin assim define o princípio em debate:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo

resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete²⁵.

Do conceito exposto, deve-se deixar claro que as crianças são as titulares dos direitos e não seus genitores, o que pode ocasionar decisões equivocadas dos magistrados. Devendo ser observado o que objetivamente lhe proporciona dignidade, com o atendimento dos seus direitos fundamentais, haja vista a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Observa-se que o Estado deve proporcionar às crianças, enquanto legislador, administrador e aplicador da lei, o alcance dos seus interesses. Na verdade, não somente. Deve ponderar a melhor opção entre interesses para concluir por um que atenda de forma satisfatória aos infantes, conferindo-lhes primazia, proteção e dignidade.

Na lição de Miguel Cillero Bruñol²⁶, o interesse superior da criança é tido como princípio garantista, devendo ser interpretado e aplicado em consonância com os ditames da Convenção:

O conteúdo do princípio (do interesse superior da criança) são os próprios direitos; interesse e direitos, neste caso, se identificam. Todo “interesse superior” passa a estar mediado por referir-se estritamente ao “direito declarado”, por sua vez, só o que é considerado direito pode ser “interesse superior”.

Como conclusão acerca do princípio do superior interesse da criança, deve-se observar a doutrina de Andréia Amin²⁷ que considera que atenderá o princípio do melhor interesse da criança, “toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismo do intérprete”.

Do conceito exposto, deve-se deixar claro que as crianças são as titulares dos direitos e não seus genitores, o que pode ocasionar decisões equivocadas dos magistrados. Devendo ser observado o que objetivamente lhe proporciona dignidade, com o atendimento dos seus direitos fundamentais, haja vista a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

A Observação Geral nº 14 do Comitê da ONU que trata do monitoramento da Convenção sobre os Direitos da Criança adotou o entendimento acima esposado acerca do

²⁵ AMIN, Andréia Rodrigues. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 75

²⁶ BRUÑOL, Miguel Cillero. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. Justicia y derechos del niño, n. 1. Santiago de Chile, 1999. p. 54. No original: “El contenido del principio son los propios derechos; interés e derechos, en este caso, se identifican. Todo ‘interés superior’ pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo que es considerado derecho puede ser ‘interés superior’”.

²⁷ AMIN, Andréia Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 75

melhor interesse da criança, com previsão no artigo 3.1 da citada Convenção. Para melhor elucidação, as Observações Gerais ou *General Comments* da ONU são notas técnicas elaboradas pelo Comitê responsável pelo monitoramento da Convenção dos Direitos da Criança, em atenção ao seu artigo 43, com o intuito de uniformizar o entendimento acerca da Convenção a partir da análise dos relatórios enviados pelos países signatários²⁸.

Em se tratando de cláusula aberta e visando à proteção de um direito substantivo, a discussão que norteia a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, tido como vetor de orientação dos direitos destas, a partir da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, leva em consideração a interpretação conferida a tal instrumento de proteção. Por vezes, consideram-se critérios subjetivos que não atendem efetivamente ao melhor interesse da criança. Tal problemática será explorada de forma minudente na análise da efetividade da Convenção de Haia de 1980, que regulamenta o subtraçãointernacional de crianças, objeto do tópico seguinte.

1.6 Da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado

Discorrer acerca da Conferência de Haia da Direito Internacional Privado exige, ainda que superficialmente, uma abordagem acerca da teoria geral das Organizações Internacionais para que o tema em tela reste esclarecido.

O surgimento das Organizações Internacionais ou Intergovernamentais – assim denominadas porque se originam de acordos entre Estados e adquirem personalidade jurídica internacional, na lição de Valério de Oliveira Mazzuoli²⁹ – deve-se principalmente à necessidade de cooperação internacional para a aplicação do Direito e para uma melhor organização dos Estados a fim de alcançarem a consecução de objetivos comuns que se tornam mais difíceis de ser atingidos de forma isolada, seja por motivos sociais, seja por motivos econômicos ou políticos.

Possuem as citadas Organizações, na modernidade, o traço característico da multilateralidade, que se traduz na reunião de três ou mais Estados agrupados com as mesmas finalidades e que se reúnem com o intuito de se fortalecer e, assim, obterem o resultado esperado.

²⁸ CHILD RIGHTS CONNECT. Disponível em: <<http://www.childrightsconnect.org/connect-with-the-un-2/committee-on-the-rights-of-the-child/general-comments>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 496.

O marco histórico do final da Segunda Guerra Mundial proporcionou o aparecimento de um número maior de Organizações Internacionais. Posteriormente, a integração mundial, através da globalização, mostrou-se também fator preponderante para o aumento da quantidade de tais coletividades interestatais.

O citado crescimento é justificado pela necessidade da defesa de interesses comuns pelos Estados, bem como pela queda dos regimes militares ditatoriais, a abertura de fronteiras e de mercados, além da percepção de que de forma separada os fins pretendidos pelos Estados não seriam alcançados.

As Organizações Internacionais podem ser definidas, conforme lição de Ricardo Seitenfus³⁰, da seguinte forma:

[...] associação voluntária entre Estados, constituída através de um tratado que prevê um aparelhamento institucional permanente e uma personalidade jurídica distinta dos Estados que a compõem, com o objetivo de buscar interesses comuns, através da cooperação entre seus membros.

Da definição acima proposta, restam nítidos quais os elementos constitutivos de uma Organização Internacional imprescindíveis para que ela tenha existência e caráter interestatal. Devem ser organizações de natureza jurídica pública, sendo óbvia a exclusão de Organizações Internacionais que tenham a natureza jurídica privada. Ainda se faz necessário um tratado que estabeleça as normas regentes da própria Organização e que contenha a previsão dos objetivos e instrumentos capazes de efetivar os seus propósitos.

A partir do tratado constitutivo de cada Organização, são estabelecidos seus órgãos próprios e permanentes a fim de possibilitar que os seus trabalhos possam ser desenvolvidos de maneira eficaz como meio de consecução do intento firmado no tratado, resultado de objetivos de interesse comum dos Estados-Membros.

Aliada a outros fatores, a base voluntarista também se mostra importante, uma vez que as já referenciadas Organizações devem ser formadas a partir da vontade livre dos seus Estados-Membros, isenta de qualquer vício que possa macular a franca expressão de seu consentimento.

Da análise dos elementos constitutivos, pode-se concluir que as Organizações Intergovernamentais são detentoras de personalidade jurídica internacional, o que as torna aptas ao exercício dos seus direitos, assim como das obrigações que lhes forem inerentes. Vale ressaltar que a personalidade jurídica atribuída às Organizações em destaque é diversa da dos seus Estados-Membros, não se permitindo a confusão de nenhuma ordem com estes.

³⁰ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

Característica principal das Organizações Internacionais é o seu caráter de permanência, já que os assuntos de interesse comum entre os Estados que servem de fundamento para a sua criação não se esgotam no tempo e necessitam de vigilância constante.

Considerando a permanência das Organizações Internacionais, há um fortalecimento da independência em relação aos seus Estados-Membros, e sua autonomia funcional e administrativa se torna importante na medida em que lhes confere imparcialidade na tomada de decisões.

No entanto, para que possam funcionar de modo constante, as Organizações Internacionais necessitam de ordenamento jurídico interno que dite as regras de seu funcionamento, inclusive de seus órgãos. Decorre esse direito interno da vontade da Organização e se explica pelo fato de esta ser um ente social.

Destarte, resta demonstrada a competência normativa interna das Organizações Internacionais, cabendo expor também a sua competência externa, haja vista a sua capacidade de criar normas de conduta a serem obedecidas pelos membros que a instituem, como expõe Alberto do Amaral Júnior³¹.

Convém ressaltar que a competência externa das organizações geralmente se instrumentaliza através de Convenções, que podem ser entendidas como tratados firmados entre a Organização e seus Estados-membros ou com terceiros Estados, alheios a qualquer relação com a coletividade em destaque.

Os tratados que criam as Organizações lhe conferem poderes próprios com o fim de consecução dos objetivos comuns propostos pelos Estados que a compõem. A esse respeito, Celso D. de Albuquerque Mello³² assim leciona:

[...] as organizações internacionais, ao exercerem os seus poderes, criam, por meio de deliberações, normas internacionais. Estas deliberações, entretanto, nem sempre têm valor obrigatório; é o que ocorre com as recomendações, os votos e os ditames. Já as resoluções, os regulamentos e as decisões têm valor obrigatório. Não se aplica nas organizações internacionais a doutrina do excesso de poderes. Há uma presunção de que os seus atos são sempre válidos e legais. Normalmente, as decisões das organizações internacionais não têm nulidade absoluta a não ser que violem normas de “jus cogens”. Há uma presunção em favor de sua legalidade.

Conforme a classificação das Organizações, estas adquirem contornos diferenciados. A depender do critério estabelecido, como finalidades, limitação territorial de atuação e a

³¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 171.

³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 608.

participação de Estados, elas podem ser de fins gerais ou específicos, globais ou regionais, abertas ou fechadas.

Para Rezek³³, o acordo de sede que se traduz num acordo bilateral entre a Organização e um Estado também se mostra importante, pois garante uma base territorial para as Organizações. Da mesma forma, o dito acordo confere privilégios e imunidades.

Relevante anotar que os funcionários da Organização se inserem na categoria de agentes internacionais, que, de forma remunerada ou não, desenvolvem suas atividades. Por sua vez, os recursos financeiros para custear as Organizações dependem da contribuição de seus Estados-membros, já que aquelas não possuem receita própria.

Em suma, pode-se concluir que, modernamente, as coletividades interestatais representam um acréscimo para a sociedade internacional, como resultado do momento vivido nas relações internacionais e das demandas a estas inerentes.

Inseridas nesta perspectiva de estrutura organizada no âmbito internacional, as Organizações Internacionais desempenham importantes funções, pois atuam de maneira a influenciar as decisões estatais; buscam modos de solução de conflitos; proporcionam igualdade nas relações entre Estados; defendem a coletividade internacional; funcionam como mediadoras entre os Estados; protegem os direitos humanos; garantem a segurança dos Estados e pregam o modo pacífico de solução de controvérsias; como também contribuem para a normatização internacional, conferindo segurança jurídica às relações internacionais³⁴. São essas as principais ações do associacionismo internacional.

1.6.1 Da Conferência de Haia de Direito Privado: considerações

Não se tem a pretensão de esgotar o tema, até porque aqui não se tratará da situação histórica dessa Organização. O intuito é proporcionar uma visão ampla a respeito da Conferência de Haia, situando-a no contexto deste estudo.

No ano de 1955, entrou em vigor o Estatuto da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, atribuindo a esta natureza jurídica de organização internacional formada pela associação de seus membros, possuindo caráter e atuação permanente conforme descreve o preâmbulo de seu Estatuto.

³³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 255-256.

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 621-622.

Classificada como Organização aberta, permite o ingresso de novos membros. Atualmente conta com 83 membros associados (82 Estados e uma Organização Regional de Integração Econômica), sendo relevante anotar que alguns dos Estados não membros também fazem parte dos trabalhos desenvolvidos pela Conferência, que hoje conta com a participação de 150 países³⁵.

Como não há limitação territorial para a participação dos Estados, a Conferência de Haia é considerada uma coletividade interestatal de caráter global que busca seu fundamento de validade nas regras de Direito Internacional.

Como toda organização internacional advém de objetivos comuns de seus Estados formadores, aqui não poderia ser diferente. A Conferência em estudo possui seu objetivo próprio, que consiste na persecução da unificação de forma progressiva do Direito Internacional Privado entre seus Estados associados.

Localizada em Haia, na Holanda, após ser firmado um acordo de sede, a Conferência é financiada por seus Estados-Membros, que discutem e aprovam, através do Conselho de Representantes Diplomáticos dos Estados-membros lotados na cidade- sede, o orçamento anual, custeado por seus associados.

Seu funcionamento se dá a partir de reuniões realizadas a cada quatro anos em Sessão Plenária, a fim de negociar e adotar as Convenções, bem como decidir os rumos da Organização. O lapso temporal aqui afirmado não significa uma interrupção nos trabalhos, porquanto já foi enfatizado o seu caráter permanente, o que confere continuidade às atividades. Isso ocorre mediante os seus funcionários e outros meios disponibilizados pela Organização – como o meio eletrônico –, que possibilitam um contato durável.

Registre-se que, na Conferência, há um número significativo de funcionários, classificados em administrativos e membros do secretariado³⁶, sendo este último o órgão permanente da Organização, responsável por suas questões administrativas, burocráticas e técnicas.

Ultimamente, a Conferência de Haia é tida como referência nas áreas relacionadas à proteção da criança, da família, do processo civil e do direito comercial, atuando como centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa no segmento do direito privado.

³⁵ Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/about>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

³⁶ RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz. **A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 191.

Sua produção normativa se instrumentaliza através de Convenções Internacionais que versam sobre os mais variados temas, sobretudo os acima citados. Demonstra, assim, a importância da Organização para a codificação internacional, com a substituição da norma costumeira pela norma escrita, proporcionando mais segurança nas relações internacionais, ao tempo que institui obrigações jurídicas e o estudo sistemático do Direito Internacional, visando ao seu desenvolvimento. Nesse contexto, fora produzida a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças no ano de 1980, objeto de exame a seguir.

Cabe esclarecer que a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e a Corte de Haia ou Corte Internacional de Justiça têm funções distintas. A Corte Internacional de Justiça é um dos principais órgãos da Organização das Nações Unidas, com sede no Palácio da Paz, em Haia. Desta forma, por vezes é denominada Corte de Haia ou Tribunal de Haia.

A competência da Corte Internacional de Justiça, definida em seu Estatuto no artigo 36³⁷, consiste em solucionar litígios entre Estados e atuar consultivamente para os órgãos autorizados das Nações Unidas e suas agências especializadas, sempre primando pelo respeito ao Direito Internacional.

Artigo 36 - A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor [...].

A composição da Corte, também prevista em seu Estatuto, conta com 15 juízes eleitos por maioria absoluta pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Os membros das Nações Unidas fazem parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e poderão, a qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória a jurisdição da Corte, sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação.

1.6.2 A Convenção de Haia de 1980: surgimento e mecanismos de atuação

Entendida a globalização como tema que se reflete em vários aspectos da sociedade, não se restringindo à economia, é de fácil percepção que as facilidades proporcionadas por tal fenômeno tenham resultado numa significativa mudança na estruturação das famílias.

³⁷ BRASIL. **Legislação**: Direito Internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.179.

A esse respeito, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁸ escrevem:

[...] nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar o novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.

Para Nádia Araújo³⁹, esses reflexos da modernidade nas relações de família propiciam relacionamentos amorosos internacionais que, quando não são levados adiante, resultam em filhos e geram uma nova situação de conflito em que os pais se tornam sequestradores de seus próprios filhos, indo de encontro à vontade do outro genitor.

A fim de solucionar problemas dessa monta, foi produzida no âmbito da Conferência de Haia de Direito Privado a Convenção sobre os Aspectos Civis do Subtração Internacional de Crianças, que se originou da necessidade de regular tal assunto, haja vista tratar-se de tema que se refere à proteção dos direitos humanos, nesse aspecto particular, das crianças.

Primando pela cooperação internacional, a Convenção lança mão de elementos que possam lhe oferecer suporte nas questões de âmbito legislativo, judicial e administrativo, com vistas a buscar o modo mais rápido de retorno da criança, garantindo-lhe o seu direito à convivência familiar por meio do respeito à guarda e à visita⁴⁰.

A instrumentalização desse propósito ocorre mediante procedimento específico que regula o retorno do menor ao país de sua residência habitual da maneira mais célere possível. Tal celeridade depende da análise judicial do caso, o que já constitui uma incoerência, sem contar com as exceções constantes dos artigos 12, 13 e 20 da Convenção.

1.6.3 Objetivos da Convenção

Do anteriormente exposto, resta concluir que a Convenção de Haia de 1980 foi adotada como estrutura para a solução do conflito específico da subtração internacional de crianças, perpetrada por um dos seus genitores. Assim, sua missão precípua é impedir que crianças vítimas de tal conduta sofram com os efeitos prejudiciais dessa prática, bem como

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

³⁹ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 499.

⁴⁰ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 502.

servir como meio de solução de tal controvérsia entre os pais, que adquire um caráter internacional devido ao elemento estrangeiro da residência habitual.

Como preceito geral, a Convenção normatiza o retorno imediato da criança ao seu país de residência habitual, como também estabelece que a autoridade competente para decidir sobre o fundo do direito é justamente a do país de residência habitual da criança vítima do ilícito cometido por um dos seus genitores.

Possui a Convenção de Haia de 1980 característica particular, ao passo que adquire a natureza de um convênio de cooperação entre autoridades judiciais e administrativas dos países signatários com o fito de implementar o que dispõe em seu artigo primeiro: “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”.

Resta aparente que a preocupação da Convenção é a restituição imediata da criança para o seu país de sua residência habitual e a prevenção da competência das autoridades do local de residência habitual da criança para decidir sobre o direito de guarda e a regulamentação de visitas, a fim de que a discussão sobre guarda e/ou regulamentação de visitas fora do âmbito de jurisdição estabelecido pela Convenção não dificulte o retorno imediato da criança, com o conseqüente descumprimento do tratado em debate, privilegiando o genitor que subtraiu a criança. Busca-se evitar o artifício do *forum shopping*, a conduta fraudulenta da eleição de um foro de conveniência para a solução do litígio.

Em breves linhas, o *forum shopping* é entendido como a faculdade de escolha de uma jurisdição para se demandar, desde que haja a possibilidade de competência concorrente. Para Franco Ferrari⁴¹, o conceito deste instituto passa pela análise da decisão proferida pelo Tribunal de Rimini na Itália, considerando como atividade que visa a alcançar a jurisdição mais favorável aos interesses do demandante.

Em relação à Convenção de Haia de 1980, houve uma clara opção pela escolha da residência habitual da criança como elemento de conexão tanto quanto para a determinação da competência da lei aplicável no âmbito da Convenção. Aboliu-se o risco de utilização do *forum shopping* como forma de manipulação do local do litígio⁴². Os objetivos da Convenção foram declaradamente definidos no seu artigo 1º, quais sejam: retorno imediato da criança ao seu local de vida anterior à subtração ou retenção ilegal, este com caráter repressivo; e o

⁴¹ FRANCO, Ferrari (Ed.). **Forum Shopping in the internacional comercial arbitration contexto**. Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2013. p. 9.

⁴² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 274.

respeito mútuo entre os Estados Contratantes dos direitos de guarda e visitação reconhecidos em ordens jurídicas diversas, com a finalidade de prevenção de novas subtrações ilegais de crianças ou novas legalizações de subtração, assumindo, portanto, caráter preventivo, ao aliar o objetivo implícito de direito à convivência com ambos os genitores ao direito à visitação, inserido no artigo 21 da Convenção e que se justifica mediante o princípio do melhor interesse da criança⁴³.

Apesar de a Convenção estabelecer regras com a finalidade de cumprimento do seu objetivo precípua – retorno da criança ao *status quo ante* –, existem alguns conceitos jurídicos abertos trazidos em seu texto que merecem ser discutidos e que tanto possibilitam a harmonização de opiniões no trato de situações transnacionais como geram divergência jurisprudencial, possibilitando a desobediência à Convenção.

Cabe aqui a discussão do princípio do superior interesse da criança, tema de suma importância, em torno do qual se discutem todos os demais relativos à Convenção de Haia de 1980, uma vez que a proteção da criança constitui a finalidade precípua.

A esse respeito, e na busca de uma definição no aspecto internacional acerca do melhor interesse da criança, relevante citar a Recomendação do Conselho da Europa⁴⁴, organização internacional com o propósito de defesa dos direitos humanos, desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa, proferida por meio de sua Assembleia Parlamentar, que é um órgão estatutário, nos seguintes termos:

Recomendação 874 da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa: “as crianças não podem mais ser vistas como propriedade de seus pais, mas têm que ser reconhecidas como indivíduos com seus próprios direitos e necessidades”⁴⁵.

Para Mônica Sifuentes⁴⁶, a questão é assim definida:

O princípio do interesse superior da criança é, portanto, uma norma de garantia, cuja observância é obrigatória não apenas para a autoridade administrativa que tomará conhecimento dos casos que envolvem a subtração ou retenção ilícita de menores, como também para a autoridade judicial que irá analisar o pedido de restituição formulado com base na Convenção de Haia de 1980.

⁴³ PEREZ-VERA, Elisa. **Explanatory Report da Convenção**. Disponível em: <<http://www.hcch.net/index.cfm?act=search.detail&cid=467&Ing=1&sl=2>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/achievements>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁴⁵ CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de Crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

⁴⁶ SIFUENTES, Mônica. **Subtração Interparental: A Experiência Brasileira na Aplicação da Convenção da Haia de 1980**. <http://www.justica.gov.br>. Disponível em: 30 de julho de 2009. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

Ainda sobre o princípio do melhor interesse da criança aplicado à Convenção de Haia de 1980, cabe apontamento de Graciela Tagle de Ferreyra⁴⁷, membro da Rede Internacional de Juízes de Haia da República Argentina:

[...] No caso de surgirem algumas situações que tornem o exercício conjunto de dois ou mais direitos consagrados na Convenção incompatíveis para um único filho, esse princípio de superior interesse possibilitará decidir qual é, em ordem de prioridade, a que é identificado como a maior satisfação de direitos e a menor restrição deles. Além disso, o princípio de maior interesse será aplicado sobre qualquer outro interesse afetado, o que equivale também a buscar a norma mais favorável em defesa dos direitos da criança.

Percebe-se que o princípio em destaque é o orientador na condução de toda e qualquer situação referente à infância e à juventude, buscando-se sempre o amparo dos interesses de crianças e adolescentes. Especificamente no caso da Convenção de Haia de 1980, tenta-se evitar que os beneficiários de tal princípio sejam alcançados pelos efeitos da conduta ilícita de um dos seus genitores, causando-lhes prejuízo, principalmente no seu direito à convivência familiar.

No entanto, conceituar o princípio do superior ou do melhor interesse da criança, como preferem alguns doutrinadores, não se apresenta como tarefa fácil, por tratar-se de conceito aberto, comportando diversas interpretações, inclusive pelo julgador⁴⁸.

Nesse contexto, deve-se entender que as pessoas na faixa etária classificadas como crianças e adolescentes gozam do *status* de primazia das suas necessidades tanto em relação à produção legislativa quanto à interpretação e aplicação da lei, sempre na busca da garantia dos direitos fundamentais.

Deve-se ter em mente que criança e o adolescente são o foco principal de todos os poderes constituídos do Estado. Isso significa primazia da criança e do adolescente contra todos, sem ferir a questão da igualdade, uma vez que faticamente verifica-se a vulnerabilidade destes em relação aos adultos como geradora de um sistema especial de proteção.

Goza tal princípio de uma carga de subjetividade, pois mesmo que as decisões nele baseadas observem o resguardo amplo dos direitos fundamentais, atendendo à dignidade de

⁴⁷ TAGLE DE FERREYRA, Graciela. El interés superior del niño en la restitución internacional de menores. In: ROSSI, Julia; THEAUX, Denise (Coord.). **El interés superior del niño: visión jurisprudencial y aportes doctrinarios**. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico, 2009. p. 281-282. No original: “[...] en el caso que se produzcan algunas situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño, este principio del interés superior permitirá decidir cuál es, en orden de prelación, el que se identifica con la mayor satisfacción de los derechos y la menor restricción de ellos. Mas aún, se aplicará el principio del interés superior por sobre cualquier otro interés afectado, lo que equivale también a buscar la norma más favorable en defensa de los derechos del niño”.

⁴⁸ BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. Curitiba: Editora Juruá, 2010. p. 79-80.

crianças e adolescentes, não se vislumbram critérios objetivos que sirvam de orientação para o magistrado, cabendo, portanto, diferentes interpretações. Este fator dificulta a observância da Convenção ora em destaque.

Por se tratar de um princípio com proteção internacional, haja vista estar previsto no artigo 3º da Convenção da ONU de 1989, e por constituir o alicerce do Direito Infantojuvenil, pois que também encontra previsão no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve o superior interesse da criança e do adolescente ser fielmente cumprido pelo Judiciário. Até mesmo, porque quando os outros Poderes do Estado não o fizerem, a última esperança concentra-se no magistrado.

Segundo Jacob Dolinger⁴⁹, a Convenção funciona por meio de cooperação processual com as finalidades descritas no artigo 1º, anteriormente apontadas. Há destaque no preâmbulo do texto para o melhor interesse da criança, que deve se coadunar com a obrigação imediata de restituição da criança irregularmente deslocada.

Justamente na busca deste equilíbrio, encontra-se o ponto nodal da aplicação da Convenção, visto que se o aplicador do texto internacional em debate entender que o melhor interesse da criança não é sua imediata devolução para o seu país de residência habitual, salvo os casos configurados como exceção, estar-se-á distante do cumprimento da Convenção.

Cabe analisar neste ponto as hipóteses de exceção à obrigação de devolução da criança. O retorno imediato fora tratado como a medida de maior prudência, no entanto, o caso concreto demonstra, por vezes, a necessidade de manutenção da criança no local para onde fora subtraída. Dessa dicotomia surge o exame minucioso da necessidade de mecanismos judiciais mais apropriados ao cumprimento da Convenção de Haia de 1980 ou o necessário descumprimento deste tratado para a efetiva proteção da criança e do adolescente.

O artigo 12 trata da possibilidade de adaptação da criança no novo meio em que foi inserida em virtude da sua transferência ou retenção ilícita. Pressupõe-se que a celeridade requerida nem sempre é alcançada; ao prever isso, a própria Convenção abre exceção à integração da criança como fator para rejeitar o seu pedido de retorno, privilegiando a aplicação do interesse superior do menor e, por outro lado, legitimando a conduta ilícita de quem a subtraiu indevidamente.

Também em desconformidade com a rapidez e a urgência necessárias aos casos abrangidos pela Convenção, fixa-se o prazo limite de um ano para que sejam tomadas as providências que viabilizem o retorno da criança, seja pelo juiz, seja pela autoridade central

⁴⁹ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: a criança no Direito Internacional**. São Paulo: Renovar, 2003. p. 245.

competente. Ora, o que se analisa é o pedido formulado; se este já conta com mais de um ano da retirada ou retenção ilícita da criança e o “sequestrador” demonstra a adequação do infante ao novo contexto familiar no qual foi inserido, não há que se falar em retorno. Se o lapso temporal entre o pedido e a subtração contar com menos de um ano, a probabilidade de regresso é maior.

No artigo 13, constata-se mais uma relativização da obrigação do retorno da criança, pois que todas as possibilidades de recusa ao pedido de regresso estão nele elencadas. Vale destacar que algumas possuem uma forte carga de subjetividade; a depender da interpretação realizada, pode-se concluir ou não pela devolução da criança a seu convívio original.

O citado artigo 13 da Convenção possui o seguinte texto:

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.

A Convenção, em seu artigo 20, trata de mais uma restrição. Conforme sua redação: “O retorno da criança, de acordo com as disposições contidas no artigo 12, poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais”.

Ainda, deve-se buscar a proposição de um Direito Comum, pois havendo conflito entre os direitos individuais de pessoas em países distintos, torna-se necessária a existência de uma legislação internacional comum que tenha o condão de solucionar o litígio por via legal.

De forma explícita, a Convenção protege os direitos inerentes à criança, sendo esta a beneficiária de tal norma de Direito Internacional. Cumpre registrar que para os efeitos deste instrumento jurídico em destaque, a criança está inclusa na faixa etária de até 16 anos. Nesse

sentido, é de se considerar que a proteção da convivência familiar constitui o bem jurídico tutelado pelo presente diploma internacional.

O intuito primeiro da Convenção é garantir a qualquer criança o seu direito ao convívio familiar habitual e regular. Por tal motivo, em seu artigo 3º são delineadas as possibilidades de retirada ilícita de uma criança de sua residência habitual.

O referenciado artigo 3º assim dispõe:

[...] a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

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

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

O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Desta forma, a transferência que enseja a aplicação da presente Convenção se dá quando um genitor desloca uma criança para um país diferente daquele da sua residência habitual, ainda que num primeiro momento sua saída tenha sido legítima, acontecendo a retenção *a posteriori*, com o impedimento do seu retorno, numa conduta denominada de *taking parent*.

Como evidenciado acima, a conduta ilícita tipificada pela Convenção – segundo a tradução brasileira, denominada de subtração– ocorre quando a criança é retirada de quem possuía legalmente a sua guarda ou quando ela é retida de forma arbitrária em local diferente de onde residia usualmente.

Resta nítida a inquietação do texto normativo internacional com o respeito aos direitos de guarda e visita, bem como com o reagrupamento do núcleo familiar⁵⁰, corroborando a afirmação de que o bem jurídico tutelado pela Convenção se traduz no direito à convivência familiar.

Dá que em seu artigo 8º, a Convenção⁵¹ habilita o genitor que teve o filho subtraído de sua convivência, a reclamar a restituição da criança, para que haja o seu retorno ao país de residência habitual.

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode

⁵⁰ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 167.

⁵¹ CONVENÇÃO DE HAIA. Art. 8º, 1980.

participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada a assistência para assegurar o retorno da criança [...].

A residência habitual, nesse caso, não foi determinada pelo texto da Convenção, haja vista que esta não indica qual a lei aplicável; no entanto, a expressão residência habitual, que caracteriza o elemento de conexão, deve ser aferida a partir dos fatos considerados pelo intérprete. O significado literal da expressão é a maneira mais simples e correta do entendimento desta. Reside habitualmente a criança no local onde esteja com um dos seus genitores que sobre ela exerça o direito de guarda.

Entende Nádia de Araújo⁵² que a ausência de critérios do artigo 3º da Convenção, no sentido de determinar a residência habitual da criança, transfere para o direito interno tal responsabilidade, ficando a cargo das autoridades do país de refúgio decidir a partir do caso concreto.

Assim, por vezes, a residência habitual é definida levando-se em consideração o tempo anterior à subtração; desta forma, o local de convivência da criança antes de ser subtraída é fixado como o de sua morada usual. De outra forma, também pode ser considerado como de residência habitual o local onde a criança permanece, adaptada, após a subtração. Novamente, volta-se a falar de conceito aberto e autônomo, que permite ao julgador, ao aplicar o princípio do interesse superior da criança, decidir por uma situação ou outra, havendo tendência pela segunda, desde que tenha havido decurso do tempo.

Saliente-se que a citada Convenção considera apenas os aspectos civis referentes ao sequestro. Para instrumentalizar o seu objetivo de retorno imediato da criança a seu país de convívio usual, lança mão da cooperação jurisdicional dos seus Estados-membros.

É justamente através da cooperação processual que a Convenção atua, uma vez que “as autoridades de duas jurisdições mantêm uma coordenação de caráter permanente, por meio de suas Autoridades Centrais, que são solicitadas a colaborar sempre que venha a ocorrer um deslocamento ou uma manutenção transfronteiriça ilegal de uma criança”⁵³.

Restringe-se, portanto, a Convenção ao âmbito civil da questão, porque acredita que, dessa forma, resta garantido o convívio familiar, bem como simplifica o reingresso da criança.

Porém, merece destaque uma discussão que norteia a Convenção. Ao tempo que se fala em proteção dos interesses da criança como de primordial importância, fala-se em

⁵² ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado**: teoria e prática brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 560.

⁵³ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado**: a criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 244-245.

assegurar o seu retorno imediato. Assim, cabe uma análise a respeito da primazia entre o melhor interesse da criança e a aplicação da norma internacional.

É de fácil percepção que a demora no processo judicial decorre da contradição acima apontada. Ademais, a falta de legislação interna com a previsão de um procedimento judicial específico impede o atendimento da celeridade prevista na Convenção em estudo.

As dicotomias e as imprecisões da Convenção, bem como as possibilidades de exceções já vistas, acabam por vezes por servir de estímulo à prática da conduta de retirada ou retenção ilícita de uma criança do seio do seu convívio familiar regular.

A aplicação da Convenção, como dito, gera um conflito entre princípios, pois se tem, de um lado, o superior interesse da criança e, de outro, a segurança jurídica no que concerne à jurisdição da residência habitual da criança para decidir a sua guarda.

Aplicar a Convenção de forma correta e justa requer a difícil tarefa de observar os ditames do retorno imediato da criança ao seu Estado de convívio familiar usual, atendendo à celeridade e à segurança jurídica do diploma internacional, visando promover o interesse superior da criança.

Denegar o retorno da criança em atenção ao princípio do seu melhor interesse faz com que o aplicador do direito inevitavelmente decida o direito de guarda. Tal situação é proibida pela Convenção, haja vista que a competência para tanto é da jurisdição de onde residia a criança antes de ser retirada ou retida ilicitamente.

Ainda merece ênfase o fato de que negar a determinação de retorno da criança, seja por expor em risco os seus direitos e liberdades fundamentais humanas ou não, legitima a conduta ilícita de quem a subtraiu, e ainda seria tal agente “premiado” com a guarda da criança, comprometendo, dessa forma, a eficácia da Convenção.

Atender ao princípio do melhor interesse da criança confere uma margem de subjetividade quanto à interpretação deste, e, por sua vez, atribui discricionariedade ao julgador quando da apreciação da Convenção ante algum caso concreto, podendo este afastar ou não a aplicação desse diploma internacional.

Vislumbra-se a fragilidade da Convenção em garantir o bem jurídico que visa proteger, a saber, a convivência familiar. Ademais, nem sempre a cooperação pretendida acontece de forma célere, já que depende da atuação do Judiciário de cada Estado-membro, o que, em alguns casos, demanda um tempo excedente ao previsto na norma internacional. Observa-se que esse decurso do tempo já foi o suficiente para causar o malefício à criança, que se pretendia evitar.

Não se trata da devolução da criança sem a observância dos critérios necessários para tanto, mas a crítica que se formula é para a excessiva demora, bem como a discussão da demanda sob os aspectos da legislação interna que, por vezes, termina discutindo o direito de guarda, postura vedada pela Convenção.

Neste contexto, o artigo 2º da Convenção requer dos Estados Contratantes a utilização de mecanismos mais urgentes, existentes em seus próprios sistemas jurídicos. Aponta a celeridade, em todas as fases processuais, como princípio de relevo para a efetiva proteção dos interesses das crianças, que neste caso se traduz no respeito à convivência familiar.

Pontuando-se a discussão da convivência familiar no plano internacional, cumpre destacar as várias convenções internacionais que tratam do tema: a Convenção Europeia sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores, de 1980; a Convenção para regular a tutela de menores, de 1902; a Convenção sobre os aspectos civis do subtração(rapto) internacional de crianças, de 1980; a Convenção Interamericana sobre restituição internacional de menores, de 1989, e, de forma reflexa, também a Convenção para regular os conflitos de leis e de jurisdições em matéria de divórcio e de separação de pessoas, de 1902⁵⁴.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança revela a preocupação da formação sadia e harmoniosa da personalidade das crianças, estabelecendo que somente no seio da família é possível que tal desenvolvimento aconteça, fazendo com que se tenha cidadãos socialmente conscientes dos seus direitos, como também dos seus deveres. Vale ressaltar que o aludido desenvolvimento alcança os aspectos material, moral e espiritual, contando com o acompanhamento da família, que ajuda na formação da personalidade da criança.

Por tal motivo, e pela importância da convivência familiar, pactos de direitos humanos traduzem essa proteção do Estado à família, sendo importante citá-los: Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Há que se anotar as modificações ocorridas quanto à caracterização da família no contexto mundial. Outrora, o problema da família era estudado separadamente, geralmente ligado à autoridade do homem. Hoje em dia, se examinam as relações entre marido e mulher, pais e filhos à luz dos direitos humanos.

A proteção da família em suas variadas formas e, principalmente, da convivência familiar como direito da criança, o que envolve a temática da guarda, visitação, colocação em família substituta (adoção), bem como a restituição da prole, serão exploradas no presente

⁵⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 137.

trabalho, mormente sob o viés da efetividade da Convenção de Haia no tocante aos aspectos civis do subtração internacional de crianças, de 1980.

1.6.4 Mecanismos de Aplicação da Convenção de Haia de 1980

Para atingir os fins pretendidos pela Convenção de Haia de 1980, esta instituiu, em seus artigos 6º e 7º e ao longo de todo o texto normativo, um sistema de cooperação composto por órgãos estatais com natureza administrativa, denominado de Autoridade Central. Atua principalmente como facilitador da colaboração internacional e na coordenação das ações desempenhadas no âmbito interno de cada Estado-membro pelos órgãos estatais nacionais.

Objetivando atender ao texto da Convenção que prevê o retorno imediato da criança retirada ou retida ilicitamente, a urgência⁵⁵ é tida como fator preponderante para a pronta aplicação da norma internacional em comento. A utilização das autoridades centrais confere maior presteza aos procedimentos, uma vez que são empregadas no lugar das comunicações diplomáticas clássicas, que obviamente demandariam mais tempo.

Como ressaltado, a cooperação se dá por meio da atuação interna dos Estados signatários da Convenção, proporcionando, a quem necessite, o apoio dos seus órgãos internos com o fim de dirimir conflito oriundo da Convenção. Nessa perspectiva, também se insere o estabelecimento de contato entre as autoridades centrais dos Estados. A reciprocidade também deve ser observada a fim de que a cooperação possa acontecer de forma satisfatória; assim, as autoridades centrais dos Estados devem tomar atitudes compatíveis entre si.

O pedido de retorno da criança tem início mediante uma ação com a correta instrução e observância do contraditório, sendo este necessário até mesmo para o exame das exceções previstas na Convenção. Dessa forma, a celeridade preconizada resta prejudicada, pois todos os aspectos do caso necessitam ser avaliados, como também a parte adversa tem direito a se defender de forma ampla. Assim, a concessão de medida liminar, apesar de determinar a restituição imediata da criança, revela-se contrária à Convenção⁵⁶.

Ainda no que diz respeito à exceção de ordem pública, pode ser negado o retorno de uma criança ao seu país de origem, desde que viole “princípios fundamentais do Estado

⁵⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado**: a criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

⁵⁶ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 509.

requerido, consagrados em instrumento de caráter universal ou regional sobre os direitos humanos e da criança”⁵⁷.

O que se constata através da apreciação dos dispositivos da Convenção de Haia é que estes, em algumas ocasiões, são divergentes entre si. Novamente se faz necessário enfatizar que, a todo instante, o julgador se vê na linha fronteira entre aplicar a Convenção, sendo essa atitude de respeito ao que fora pactuado internacionalmente, evitando um ilícito internacional e a consequente responsabilização do Estado; ou obedecer ao princípio do interesse superior da criança, já que é esta a destinatária da proteção da norma internacional em debate. Ainda há a discussão de que atender ao princípio superior da criança seria exatamente promover a sua imediata devolução para o seu país de residência habitual, a fim de minorar a possibilidade de danos.

Cumpra esclarecer ainda que a própria Convenção de Haia apresenta a possibilidade de sua flexibilização, quando em seu artigo 2º assim anota: “[...] os Estados Contratantes deverão tomar as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência”.

Diante dessa permissão insculpida na Convenção internacional ora em exame, alguns países têm criado legislação própria, a exemplo do que aconteceu nos Estados Unidos com a *International Child Abduction Remedies Act* e no Reino Unido com o *Child Abduction and Custody Act de 1985*⁵⁸, com o intuito de garantir efetivamente o convívio familiar, sendo este o bem jurídico tutelado.

Há, pela Convenção, a adoção de um sistema misto, dependendo a efetividade de suas normas da atuação das Autoridades Centrais, Autoridades Judiciais e administrativas em geral. Cabe à lei interna de cada Estado estruturar e delimitar os poderes das Autoridades Centrais para a promoção da cooperação prevista no texto internacional.

Segundo o Guia de Boas Práticas da Convenção de Haia de 1980⁵⁹, as Autoridades Centrais devem funcionar para a observância dos seguintes princípios:

- a) Princípio da efetividade: visa assegurar às Autoridades Centrais recursos (humanos e materiais) suficientes, bem como os poderes e a autonomia necessários

⁵⁷ ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 3. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 512.

⁵⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional Privado: a criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 265.

⁵⁹ GUIDE TO GOOD PRACTICE UNDER THE HAGUE CONVENTION OF 25 OCTOBER 1980 ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION. Part I. Central Authority Practice, 2003. p. 13-28.

ao exercício das atividades que lhes são imputadas pela Convenção. Os recrutados devem ser capazes de conferir encaminhamento profissional e objetivo aos requerimentos recebidos, visando ao retorno seguro da criança e ao cumprimento das disposições do artigo 7º. Também há a recomendação da continuidade da mesma equipe atuando como Autoridade Central, para que haja continuidade nas deliberações e trabalhos internos, bem como para que se possa contar com a *expertise* adquirida;

- b) Princípio da cooperação e boa comunicação com outras Autoridades Centrais e representantes de órgãos públicos, tais como polícia, Judiciário e Ministério Público;
- c) Princípio da consistência: recomenda a utilização de padronização dos requerimentos de cooperação, através de formulários próprios, bem como a padronização de trâmites para maior eficiência;
- d) Princípio da agilidade/celeridade: visa prevenir possíveis traumas às crianças subtraídas e evitar a obtenção de benefício pelo genitor abductor. Do que se vislumbra, a celeridade se mostra imprescindível para os objetivos da Convenção, fazendo-se presente de forma explícita no texto dos artigos 1º, 2º, 11 e 23. Tal preocupação justifica-se pela reconhecida demora nos trâmites de solução do conflito de subtração de crianças, o que requer a adoção de procedimentos legais claros e efetivos para a consecução da finalidade da Convenção;
- e) Princípio da transparência dos trâmites judiciais e administrativos: implica a disponibilização de informações para os interessados, inclusive por meios eletrônicos, bem como a definição segura dos mecanismos de cooperação. Tudo com o fim de que a cooperação ocorra de forma mais célere, a partir de relações de confiança recíproca entre os países;
- f) Princípio do aprimoramento contínuo na aplicação da Convenção de Haia: visa obter como resultado final a experiência necessária para o bom andamento dos pedidos de cooperação.

Apesar das sugestões elencadas nos princípios, preserva-se a discricionariedade dos Estados que fazem parte da Convenção, facultando-lhes optar por uma Autoridade Central com amplos poderes de ação e iniciativa ou com funções restritas; designar apenas uma

Autoridade Central; como também, recusar um pedido de cooperação, quando tido por manifestamente indevido, consoante o artigo 27 da Convenção⁶⁰.

No rol de atribuições das Autoridades Centrais não se inclui a análise de mérito da providência de cooperação solicitada, limitando-se os seus atores a conferir os requisitos necessários dos requerimentos de cooperação, dando-lhes efetividade e celeridade. Caso contrário, recairiam na atuação decisória inerente à cooperação jurídica internacional.

Da leitura dos dispositivos da Convenção, percebe-se a necessidade da adoção, pelos países signatários, de tutela específica para coibir a conduta da retirada ou retenção ilícita de uma criança, já que a norma internacional que se dispõe a regular o assunto apresenta fragilidades que por vezes impossibilitam a proteção da criança que deve ser considerada como principal interessada e a quem a aplicação da Convenção deve ser dirigida.

Vários outros tratados internacionais com o objetivo de proteção de crianças e adolescentes foram ratificados, inclusive no âmbito do Direito Internacional Privado, haja vista o tema central de discussão do presente trabalho. A título de exemplo, apontam-se as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores, Regras de Beijing, de 1985; as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, de 1990; as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad, de 1990; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, Regras de Tóquio, de 1990.

Foram apontados e descritos apenas esses acima como fatores de evolução histórica para uma melhor compreensão do alcance da proteção atual e uma descrição mais pormenorizada da Convenção de Haia de 1980, visto ser o objeto de discussão. Nessa esteira, importante anotar a natureza jurídica desta Convenção, para adiante se estabelecer mecanismos propositivos à efetividade plena do texto.

1.7 Da Natureza Jurídica da Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças

A Convenção de Haia de 1980, sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, ou simplesmente Convenção de Haia de 1980, elaborada no âmbito da Conferência de Haia, surge no contexto do Direito Internacional com a finalidade de buscar solução para o

⁶⁰ CALMON, Guilherme; IBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de Crianças**: comentários à Convenção de Haia de 1980. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136.

fenômeno da retenção ou retirada ilícita de crianças entre países, perpetrada por um dos genitores.

Conta atualmente com 98 países signatários e possui a característica de tratado multilateral, com a intenção precípua de respeito aos interesses das crianças, principalmente quanto à proteção ao direito à convivência familiar destas.

Entendendo a complementaridade das normas internacionais, a Convenção de Haia de 1980 assume a responsabilidade de efetivar o que fora determinado no artigo 11 da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre Direitos da Criança⁶¹:

Artigo 11.1 - Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.

2 - Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes.

Ainda que a Convenção de Haia seja anterior à Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, é válido ressaltar que o período de negociação de ambos os instrumentos se deu de forma concomitante. Nesse contexto, Natalia Martins⁶² opina pela categorização da Convenção de Haia de 1980 como um tratado de direitos humanos, pois que deriva da Convenção da ONU de 1989, com a atribuição de dar cumprimento ao comando contido nesta última, com vistas à proteção de crianças contra os efeitos da subtração internacional ilícita.

A despeito de ter se originado numa organização internacional de direito internacional privado, como alhures demonstrado, a Convenção de Haia de 1980 foi alçada a uma esfera de importância na proteção dos direitos da criança que a coloca em patamar diferente de tratado puramente de direito internacional privado.

Ademais, a Convenção de Haia não se restringe à solução do conflito de leis aplicáveis no espaço, pois aponta diretrizes em matérias estranhas ao Direito Internacional Privado, trazendo em seus dispositivos normas com o conteúdo material que remetem ao cumprimento da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança, tendo em vista a natureza jurídica de direitos humanos desta.

Retomando o tema dos direitos humanos e lembrando as características da indivisibilidade e da universalidade, anote-se que estas compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. Pode-se afirmar que a matéria objeto dos

⁶¹ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁶² MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 133.

direitos humanos é tema de interesse de toda a comunidade internacional, configurando-se assim como uma rede de proteção internacional.

O processo de universalização dos direitos humanos deixa nítido o pressuposto de que o indivíduo considerado como sujeito de direito deve também alcançar sua proteção na esfera internacional.

A esse respeito, Kathryn Sikkink⁶³ anota:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo como os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados.

Na afirmação de Flávia Piovesan⁶⁴ o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem a sua construção a partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida e se caracteriza pela adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais:

Ainda segundo a autora⁶⁵:

Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Esse sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance específico, como as Convenções Internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação.

Conclui-se que na perspectiva da proteção dos direitos humanos, convivem dois sistemas de proteção: o geral e o especial, que se complementam. O sistema especial trata o sujeito em suas especificidades, a saber: crianças, grupos étnicos e minoritários etc. Já o sistema geral de proteção tem como objeto de proteção toda e qualquer pessoa, considerando sua abstração e generalidade.

Diante disso, e considerando que a Convenção de Haia de 1980 deixa claro em seu preâmbulo que objetiva a proteção de direito humano específico, ou seja, a proteção do direito da criança à convivência familiar, tendo por inspiração a Declaração Universal dos Direitos Humanos e assumindo o compromisso de tornar efetivo o dispositivo da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, firma-se o entendimento de que tal Convenção possui a natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos.

⁶³ SIKKINK, Kathryn. **Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America:** International Organizations. Massachusetts: IO Foundation/Massachusetts Institute of Technology, 1993. p. 413.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 209.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 209.

Segue o texto do preâmbulo da Convenção de Haia de 1980⁶⁶:

Os 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 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; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições.

Convencionou-se entre os Estados-partes a proteção em caráter internacional de crianças, por meio da cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com vistas ao respeito ao melhor interesse da criança, quando do processo de sua restituição a seu país de residência habitual.

Mesmo com data anterior à Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e já restando esclarecido que o procedimento de aprovação se deu em datas concomitantes; da análise do texto da Convenção de Haia de 1980 extrai-se que esta se coaduna à Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo-a, promovendo a sua concretização e alargando direitos até então assegurados de forma geral.

Percebe-se a contribuição do texto da Convenção de Haia para o incremento dos direitos humanos, disciplinando especificamente novos direitos, decorrentes de fatos sociais internacionais que surgiram com a evolução do trânsito das pessoas entre países e que não encontram proteção pontual em qualquer outro instrumento de direitos humanos. Porém, possui lastro na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção dos Direitos da Criança, aprovadas pela ONU.

Pertinente, portanto, o entendimento de Fredys Sorto⁶⁷, que assim se manifesta em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

É a primeira a elevar a dignidade da pessoa humana ao ápice (fundamento), a sobrepor-se porque declara direitos essencialíssimos ao ser humano de maneira simples e integral.

De tal modo, qualquer instrumento internacional de direitos humanos adquire o compromisso de efetivar os anseios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, empregando força normativa vinculante para tanto. Resta claro que os tratados com conteúdo de proteção dos direitos humanos conferem força normativa à Declaração. Da mesma forma,

⁶⁶ CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. Disponível em: <<http://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-ac47-463cb1e7cbd.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

⁶⁷ SOUTO, Fredys Orlando. **Guerra Civil Contemporânea**: ONU e o caso Salvadorenho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 32.

esta servirá como alicerce para a construção de qualquer instrumento jurídico internacional de proteção dos direitos humanos, sendo, portanto, paradigma para o amparo internacional dos direitos humanos.

Corroborando o entendimento de que os direitos humanos têm um alcance universal, não limitando o alcance do Direito Internacional Público e Privado, Nádía de Araújo⁶⁸ escreve que a proteção à criança é tema de direitos humanos e a sua regulamentação no aspecto privado está ligada aos direitos fundamentais. Afirma, ainda, que nas questões internacionais, os aspectos públicos e privados se misturam para a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção à infância, seu maior exemplo

Arremata a autora⁶⁹:

A proteção da criança de forma isolada é tema recente, pois até pouco tempo seus destinatários apenas se sujeitavam ao poder familiar. Nesse sentido, servem de baliza as normas específicas da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, que estabelece os princípios de proteção. Interessam ao DIP os artigos que remeteram às questões de cunho privado com repercussão na esfera de mais de um país, de mais de um ordenamento jurídico. Os tópicos contemplados na Convenção da ONU de forma genérica foram regulamentados pela Conferência de Haia e pelas Conferências Especializadas da OEA.

Infere-se, a partir do que restou, que se está diante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que, segundo lição de Richard B. Bilder apud Natalia Martins⁷⁰, apresenta-se como

Um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, além de implementar a concepção de que toda a nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que as nações e a comunidade internacional são responsáveis – e tem o direito – de protestar nas hipóteses em que o Estado deixa de cumprir tal obrigação.

Em conclusão, Natalia Martins⁷¹ assim discorre:

Aponta-se que o conteúdo dos tratados de direitos humanos distingue-se daquele encontrado nos demais instrumentos internacionais: enquanto nestes busca-se o equilíbrio e a reciprocidade das relações entre os países, aqueles

⁶⁸ ARAÚJO, Nádía. **Direito Internacional privado**: teoria e prática brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 497-498.

⁶⁹ ARAÚJO, Nádía. **Direito Internacional privado**: teoria e prática brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. p. 498-499.

⁷⁰ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 137.

⁷¹ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 137-138.

transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

Destarte, considerando que a proteção dos direitos humanos se alicerça na Declaração Universal dos Direitos Humanos, é de fácil conclusão que tal instrumento internacional é o parâmetro para toda a produção posterior de tratados internacionais que versem sobre o tema.

Em decorrência, tem-se que os direitos humanos estão materialmente definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e que todos os demais instrumentos internacionais decorrem da citada Declaração, seja direta ou indiretamente, protegendo direitos em suas diversas titularidades, classificados como tratados de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos em sentido estrito são aqueles celebrados mediante acordo formal entre pessoas jurídicas de direito internacional público, destinados a produzir efeitos jurídicos, de forma a reconhecer, ampliar e conceder densidade normativa aos direitos humanos presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Inserindo-se a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças nas características acima apontadas, garante-lhe o *status* de tratado de direitos humanos, no mesmo patamar da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, datada de 1989.

Ao fim, o conteúdo da Convenção de Haia de 1980 se mostra verdadeiramente como de direitos humanos, pois visa à prevenção e ao combate à subtração internacional de crianças, seu retorno ao país de residência habitual, garantindo-lhes o respeito ao direito à convivência familiar e comunitária, à liberdade e à dignidade, uma vez que são consideradas como sujeitos de direitos.

Delimitada a natureza jurídica da Convenção de Haia de 1980 após digressão histórica acerca da proteção no âmbito dos tratados internacionais dos direitos de crianças e adolescentes, cumpre analisar a proteção infantojuvenil no contexto do ordenamento jurídico interno brasileiro, bem como a aplicação da Convenção em estudo para a conclusão a respeito do melhor interesse da criança.

2 A proteção de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação no Brasil da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de crianças

Assim como fora demonstrada a proteção normativa de crianças e adolescentes no âmbito internacional, cabe fazê-lo também no contexto do ordenamento jurídico pátrio, apresentando os fundamentos históricos a fim de traçar paralelos e caminhos em busca da efetivação dos ditames da Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de crianças, objeto desta pesquisa.

Nessa linha argumentativa, segue-se evidenciando os direitos de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro em período anterior e posterior à Constituição Federal de 1988, tratando-se numa linha evolutiva das fases denominadas doutrinariamente como da indiferença, tutelar e garantista.

A compreensão dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil passa por mutações políticas estruturais que se solidificaram a partir do contraponto estabelecido entre as doutrinas da situação irregular e da proteção integral. Justamente por meio dos conflitos existentes entre as duas doutrinas apontadas, que se traduzem de forma objetiva na ausência de direitos anteriormente observada e o alcance a categoria de sujeitos de direito, emergiu o atual *status* de proteção de crianças e adolescentes, regido por valores, princípios e regras próprias.

Assim, cabe a análise do sistema protetivo vigente, apontando a evolução para o seu alcance, com a ruptura dos conceitos anteriores, numa demonstração clara da incongruência entre os sistemas e de que a transição da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral é resultado de complexas transformações sociais, históricas e políticas.

É neste contexto de proteção, considerando-se a partir de então criança e adolescente como sujeitos de direito, com o alcance de direitos fundamentais gerais e especiais, que se faz pertinente a discussão sobre o respeito ao direito à convivência familiar, resultado da correta aplicação no Brasil da Convenção da Haia de 1980.

2.1 Da doutrina da indiferença

Antes da terminologia hoje adotada – criança e adolescente –, outrora, o termo empregado era menor, e será utilizado até o advento da fase protecionista.

Avançando com as diferenças históricas e observando a indiferença objetiva, chega-se à fase do Brasil colônia, regida pelas Ordenações do Reino e com as características quanto ao tratamento de crianças e adolescentes da total autoridade parental, já que ao pai era afiançado o direito de castigar o filho para educá-lo, não havendo ilicitude se no “exercício desse mister o filho viesse a falecer ou sofresse lesão”⁷².

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos 7 anos de idade. Dos 7 aos 17 anos, o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos 17 aos 21 anos de idade, eram considerados jovens adultos e, portanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de 14 anos⁷³.

No campo infracional, prosseguia o Estado sob a égide do Código Penal do Império com a punição dos menores a partir dos sete anos de idade, e, posteriormente, a partir dos nove anos de idade, com o encaminhamento às casas de correção. Saindo desta esfera, o Estado atuava por meio da Igreja católica, com as casas de recolhimento, sob a gestão dos jesuítas.

A Igreja católica permaneceu em contato com o Estado na questão dos menores, advindo a Roda dos Expostos, mantidas pelas Santas Casas de Misericórdia e que serviam para o acolhimento de crianças rejeitadas e entregues principalmente por suas mães. Era comum também à época que essas crianças abandonadas nas Rodas dos Expostos fossem encaminhadas para abrigos e escolas também da Igreja.

Pode-se apontar que a Roda dos Expostos⁷⁴, apesar de ter sido implantada nos séculos XVII e XIX como forma de assistência infantil, evitando o abandono dos menores, transformou-se numa das formas de segregação de crianças. Havia uma logística adotada que leva a tal raciocínio.

De forma cilíndrica e com uma divisória no meio, esse dispositivo era fixado no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior da parte externa, o expositor colocava a criança que enjeitava, girava a Roda e puxava um cordão com uma sineta para avisar à vigilante – ou Rodeira – que um bebê acabara de ser abandonado, retirando-se furtivamente do local, sem ser reconhecido.

⁷² AMIN, Andrea Rodrigues. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 49.

⁷³ AMIN, Andrea Rodrigues. *In Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 49.

⁷⁴ MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 200.

Após serem recolhidos, os menores rejeitados na Roda eram criados dentro das Santas Casas de Misericórdia até os sete anos de idade, caso não houvesse algum interesse manifestado por requerimento para que fossem abrigados por outrem que deveria continuar prestando informações sobre o menor à instituição. Caso contrário, continuariam nas Santas Casas até a idade de 12 anos, quando a responsabilidade passaria ao Juiz de Órfãos. Vale registro da primeira Roda dos Expostos, na cidade de Salvador, Estado da Bahia, em 1726.

Nos anos seguintes, as medidas em razão da camada da população formada por menores foram a fundação de entidades assistenciais com o viés da caridade e as medidas higienistas. No ano de 1906, escolas de reforma e colônias correccionais são inauguradas com a finalidade de recuperar menores delinquentes.

O que se pode afirmar desta época é que se observava o menor somente sob o ângulo do Direito Penal. A defesa criminal não atendia aos direitos dos menores, mas aos interesses do próprio Estado, que os tratava como objetos de direito e impunha como solução o internamento em entidades assistenciais ou colônias correccionais.

Na ausência de direitos conferidos aos menores à época, não havia que se falar em outra esfera de atuação do Estado além da criminal. Diante da omissão estatal, vigorava nesta época no Brasil a doutrina da indiferença, especialmente em relação aos menores advindos de famílias pobres.

Vale a transcrição da lição de Maria Luíza Marcílio⁷⁵, *in verbis*:

Com a República, a distinção entre a criança rica e a criança pobre ficou bem delineada. A primeira é alvo de atenções e das políticas da família e da educação, com o objetivo de prepará-las para dirigir a sociedade. A segunda, virtualmente inserida nas “classes perigosas” e estigmatizada como “menor”, deveria ser objeto de controle especial, de educação elementar e profissionalizante, que a preparasse para o mundo do trabalho. Disso cuidaram com atenção os médicos higienistas e os juristas das primeiras décadas deste século.

Posteriormente, em período compreendido no final do século XIX, tem-se que os menores ainda se achavam sem proteção, pois as ações ditas protetivas àquela época encontravam respaldo tão somente nas ações religiosas e filantrópicas, que muitas vezes tinha a natureza de punição e segregação, como resultado dos problemas sociais vivenciados naquele dado momento histórico.

⁷⁵ MARCÍLIO, Maria Luíza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 224.

Em suma, a questão histórica dos menores sempre trilhou caminho mais longo em comparação com outros sujeitos, ainda que já devessem ser protegidos em razão da dignidade da pessoa humana⁷⁶ e do arcabouço de proteção internacional.

Segundo Maria Regina Fay de Azambuja⁷⁷, numa crítica sobre a proteção legislativa dos menores,

[...] quanto mais se retroage na história, maiores são as chances de observarmos a falta de proteção jurídica à criança, com registros de abandono, morte, espancamentos e violência física e sexual.

Assim, cumpre destacar que num primeiro plano os menores estavam submetidos ao encargo do Estado punitivo, vistos somente sob a ótica da delinquência, sob a regência do Código Penal do Império de 1830, que previa a teoria do discernimento em seu artigo 13, *in verbis*⁷⁸:

Se se provar que os menores de quatorze anos que tiverem comprometido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos. Por esse sistema, portanto, até uma determinada idade, o menor fica inteiramente à margem da justiça quando pratica crime; numa outra faixa, ele é submetido a um exame para determinar-se se tem discernimento.

Observa-se que nesta quadra histórica imperava a doutrina do Direito Penal do Menor, fundamentada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, com as políticas correcionais e assistenciais, analisando a questão unicamente sob a ótica penal, sendo o menor egresso de um sistema criminalizador. Não havia distinção alguma em relação à menoridade carente e àquela considerada infratora, já que não havia para estes nenhuma proteção no plano jurídico.

Do exposto, a doutrina da indiferença restou caracterizada pela falta de medidas governamentais e sociais de defesa da infância brasileira, especialmente dos mais pobres. Nesse contexto, apareceu de forma mais latente a omissão do Estado, que olvidou durante séculos da proteção dos direitos dos menores e do reconhecimento destes como destinatários de direitos fundamentais básicos, inerentes a quaisquer pessoas, devendo, inclusive, ser extensivos aos menores.

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. **Infância, lei e democracia na América Latina**. v. 1. Blumenau: Edifurb, 2001. p. 62.

⁷⁷ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 21.

⁷⁸ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

2.2 Da doutrina menorista

Com inspiração nas transformações internacionais, destacadamente o Congresso Internacional de Menores, ocorrido no ano de 1911 em Paris, o deputado brasileiro João Chaves no ano de 1912 apresentou projeto de lei propondo o afastamento da temática dos menores da área penal e a especialização de tribunais e juízes. A partir de então, iniciou-se a fase de construção da Doutrina do Menor ou da Situação Irregular, fundada no binômio carência-delinquência, com a criminalização da infância pobre. Buscava-se a proteção de crianças e adolescentes, no entanto, suas garantias eram retiradas⁷⁹.

Irene Rizzini⁸⁰ sintetiza claramente a história da criança no começo do século XX, nos seguintes termos:

A hipótese básica é que se tratava de um projeto essencialmente político. Era preciso proteger a infância como forma de defesa da própria sociedade. O discurso apresentava-se, com frequência, ambíguo, onde a criança deve ser protegida, mas também contida, a fim de que não cause danos à sociedade. Esta ambiguidade na defesa da criança e da sociedade guarda relação com uma certa percepção de infância, claramente expressa nos documentos da época – ora em perigo, ora perigosa. Tais representações não por acaso estavam associadas a determinados estratos sociais, sendo a periculosidade invariavelmente atrelada à infância das classes populares.

É de fácil percepção que o Brasil, a partir de então, apartou-se da secular teoria da indiferença do menor e passou a adotar a teoria punitiva menorista. Este ficou conhecido como o século perdido na proteção da infância brasileira, já que, conforme explanado acima, o Estado adotava postura ora de indiferença, ora punitivista.

Continuavam os ditos menores carecedores de proteção estatal, pois que não eram titulares de direitos em nenhuma esfera. Havia proteção apenas para os menores economicamente abastados, com patrimônio financeiro significativo e família regular, gozando da proteção de curadores, tutores e representantes ad hoc, conferida pelo Código Civil da época.

Posteriormente, foi publicado no ano de 1926 o Decreto nº 5.083, tido como o primeiro Código de Menores do Brasil, ocupando-se o seu texto dos menores expostos e abandonados, como um esboço da Doutrina da Situação Irregular. Até esta fase, tinha-se como base a ausência de proteção para os menores de 18 anos, tratados pelo Estado como

⁷⁹ AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

⁸⁰ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais, 1997. p. 34.

objetos de direito, classificados socialmente pela condição financeira da família, não sendo alvo de preocupação do sistema jurídico, mas das entidades assistenciais, de filantropia, a exemplo da Igreja católica.

Um ano mais tarde, em substituição ao documento legislativo anterior que cuidava dos menores, na data de 12 de outubro de 1927, adveio o Decreto nº 17.943-A, conhecido, a partir de então, como Código Mello Matos. Tal instrumento jurídico outorgou poderes elásticos, abrangentes e discricionários ao Juiz de Menores que, originário do sistema similar dos tribunais americanos, simplesmente passou a pautar a vida dos menores, restando excluídos da alçada judiciária os menores com direitos patrimoniais expressivos e famílias regulares e/ou as demais questões administrativas, exceto aquelas de natureza punitivista⁸¹.

Com o Código Mello Matos, foram adotadas medidas assistenciais e preventivas, objetivando minimizar a infância de rua, a exemplo do Decreto nº 16.272, do ano de 1923, que publicou as primeiras normas de assistência social visando à proteção dos menores abandonados e delinquentes⁸².

Nas questões infracionais, havia a aplicação de medidas punitivas com fins pedagógicos/educacionais para os menores até os 14 anos de idade. Para os que contavam com idade entre 14 e 18 anos, havia a punição com responsabilidade abrandada. Neste contexto, o julgador denominado como juiz de menores exercia autoridade controladora, centralizadora e protecionista sobre a infância pobre, estigmatizando durante anos os que se submetiam aos seus desígnios e que se baseavam no binômio pobreza-marginalidade, de acordo com a Doutrina do Menor.

O Código de Menores, instituído pelo Decreto nº 17.943, de 12 de outubro de 1927, conhecido como Código Mello Matos, trazia um modelo de legislação preocupada com o controle social e o regramento moral de crianças e adolescentes, a fim de que estes se tornassem úteis para a sociedade e não representassem algum incômodo do ponto de vista da marginalização. Não havia preocupação alguma em legislar sobre direitos e garantias de crianças e adolescentes; havia apenas a reunião de um conjunto jurídico tomado pela filantropia, com regramento definido que alcançava tão somente os que não se enquadrassem no modelo esperado pela sociedade.

Somente a partir da Constituição Federal de 1937, consagradora dos fundamentos dos direitos sociais, passou-se a se pensar que os menores, ainda que não houvesse uma

⁸¹ FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico**: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 118-129.

⁸² AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

individualização de sua proteção, também pudessem usufruir da conquista de direitos trazidos no texto da terceira Constituição Federal do país.

No entanto, segundo Maria Luíza Marcílio⁸³:

A visão do Estado Social da época, embora embasada nas normas constitucionais, alemã e mexicana de 1917 e 1919, na verdade, ganhou traços opostos no Brasil, pois a proteção outorgada foi interpretada como carta de alforria para a retirada forçada dos jovens mais pobres e abandonados das ruas, dentro de um amplo fenômeno que até hoje mantém traços autoritários na justiça da infância e da juventude brasileira: o abrigo em massa de crianças e adolescentes pobres, inclusive com a utilização do Toque de Recolher. Dentro dessa visão de indiferença do Estado em relação às crianças e adolescentes pobres, outrora menores em situação irregular, fazendo-se um recorte histórico para a atual quadra, a doutrina enfocada mantém seus principais traços, apesar dos anos passados, de forma eloquente, direta e constrangedora.

A visão protetiva empregada à época era equivocada, pois não consagrava aos menores direitos fundamentais, observando-se uma realidade social na qual esta camada da população não fora alcançada pelos direitos sociais resultantes deste novo momento histórico, apartando-os do alcance da cidadania, uma vez que o sistema empregado se apresentava repressivo e excludente.

Resta evidente a opção da tutela do Direito do Menor por meio do regime de internações, havendo a ruptura do vínculo familiar, substituído pelo vínculo institucional com o objetivo de recuperação do menor delinquente, ficando clara a preocupação unicamente correccional, afastando-se qualquer possibilidade de proteção ao afeto.

No plano internacional, as mudanças foram significativas, conforme já demonstrado no capítulo anterior. Por força da proteção no âmbito dos direitos humanos, os direitos dos menores passaram a ser rediscutidos no Brasil por uma comissão revisora do Código Mello Matos em 1943. No entanto, o trabalho da comissão foi interrompido com o golpe militar.

Consolidando a Doutrina da Situação Irregular, entrou em vigor no Brasil, em 1979, o segundo Código de Menores, que não inovou ao trazer em seu texto os ditames internacionais já consagrados, inclusive a proteção do menor e a garantia deste como sujeito de direito.

A partir da Lei nº 6.697, de 1979, estabelece-se o novo Código de Menores e a proteção da infância como direito de todas as crianças e adolescentes e dever do Estado. Na prática, a medida mostrou-se uma inovação acanhada que não provocou mudanças

⁸³ MARCÍLIO, Maria Luíza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 218.

significativas, de forma que a população infantojuvenil continuou a ser tratada como objeto de direito e sem a perspectiva de direitos e garantias.

Algumas melhorias legislativas foram observadas, como também o alcance de direitos sociais. No mais, o Código anterior foi mantido, principalmente com a figura do Juiz de Menores, com todas as funções que já foram apontadas. Permanecia a cultura da internação para jovens carentes ou delinquentes, sendo a segregação a única opção proposta pelo Estado.

O novo instrumento de regulamentação da vida dos menores os dividia em situação *regular* e em situação *irregular*. Os primeiros eram tratados e/ou protegidos pela legislação civil em geral, especialmente o Código Civil e o Código de Processo Civil de 1973, enquanto os menores em situação irregular (abandonados e/ou que cometiam ilícitos penais) eram submetidos às regras dos juizados, com a possibilidade da institucionalização em massa, tudo dentro da secular filosofia do Código de Menores.

Inaugurou-se a fase menorista no Brasil com o Código de 1979, entendida da seguinte forma⁸⁴:

Trouxe consigo a “Doutrina do Menor em Situação Irregular, quando poucas foram as modificações; era o tempo do “menor”, do “menor abandonado”, do “menor delinquente”, expressões que estigmatizavam crianças e adolescentes e que ainda hoje albergam uma espécie de ranço, quando se ouve dizer: “ele é de menor”. Nessa fase o juiz não julgava o menor, apenas definia a “situação irregular” aplicando medidas terapêuticas.

O período em destaque propugnava o Direito do Menor, traduzido como “um conjunto de normas jurídicas relativas à definição, tratamento e prevenção da situação irregular do menor”⁸⁵. Tal esboço histórico remete à conclusão de que as mudanças que ocorreram durante a trajetória do constitucionalismo brasileiro, nas suas fases históricas, tiveram pouco reflexo nas leis ordinárias e práticas judiciais e administrativas que regulavam a situação jurídica dos menores.

O que se pode concluir é que desde as diretrizes do Código de Menores de 1927, passando pela Doutrina da Situação Irregular que norteou o Código de Menores de 1979 e pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor, oriunda do período da ditadura militar, a legislação alcançava crianças e adolescentes apenas enquanto infratores, carentes, abandonados e inadaptados. Vivia-se sob a égide do “direito do menor, tido como um

⁸⁴ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

⁸⁵ CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 1.

conjunto de normas jurídicas relativas à definição, tratamento e prevenção da situação irregular do menor”⁸⁶.

Com base nos tratados internacionais demonstrados em capítulo anterior, surgiram no Brasil os movimentos sociais de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, já assegurados nos instrumentos internacionais por meio da Doutrina da Proteção Integral, alicerçada no reconhecimento da peculiar condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento e titular de proteção especial, proteção à convivência familiar, bem como a consagração da absoluta prioridade de direitos.

Os novos paradigmas de proteção da criança e do adolescente têm como marco histórico a Constituição Federal de 1988. Os dois primeiros códigos relativos a esta temática tinham como eixo central de suas ações a repressão e o tratamento institucionalizado de crianças e adolescentes, enxergados tão somente como meros objetos de direitos, já que não eram titulares destes.

O século XX, considerado como o século perdido na defesa da infância e da juventude, trouxe consigo os seguintes atributos: os menores não eram legalmente considerados titulares de direitos na ordem jurídica vigente no Brasil; ausência de mecanismos de proteção social, haja vista a ausência e/ou insuficiência de políticas protetivas; o papel central dos Juizados de Menores com juízes em busca tão somente da punição dos menores, haja vista a ausência de especialização para lidar com a temática, aliando-se ao fato de que à época as funções protetivas, assistenciais e punitivas não possuíam limites legais objetivos.

Assim, limitava-se o Estado a aplicar o seu sistema punitivo aos infantes pobres e carentes de políticas sociais, considerados em situação irregular. Não se deve olvidar a atuação marcante da Igreja católica por meio das ações de filantropia⁸⁷.

2.3 Da doutrina da proteção integral

A situação da criança e do adolescente muda a partir da década de 1980, com o movimento de redemocratização do país, resultado do arrefecimento da ditadura militar, o que permitiu o surgimento de movimentos sociais, inclusive os de defesa de crianças e adolescentes que, fundamentados nos pactos e convenções internacionais que já consagravam

⁸⁶ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do adolescente**. São Paulo, Atlas, 2011. p. 8.

⁸⁷ RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Amais, 1997. p. 24.

a condição de sujeitos de direitos para esta camada da população, passam a criticar e a fazer oposição ao modo como o Estado conduz a questão infantojuvenil.

Como dito acima, os movimentos sociais provocaram uma ruptura no quadro vivenciado por crianças e adolescentes no século XX, e com forte inspiração nos tratados internacionais, promoveram pressão nos legisladores constituintes, a fim de que estes reconhecessem o que já havia sido pactuado e protegido internacionalmente: a proteção integral de crianças e adolescentes com a renúncia da situação irregular, na qual os menores estavam adstritos ao abandono e à delinquência.

Entre os movimentos sociais citados, merece referência o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua – MNMMR –, que objetivava a garantia e a ampliação dos direitos sociais e individuais de crianças e adolescentes. Para tanto, conseguiram reunir 1.200.000 (um milhão e duzentas mil) assinaturas para emenda oriunda da Comissão Nacional Criança e Constituinte visando à inclusão dos direitos infantojuvenis na Constituição que estava prestes a nascer⁸⁸.

Desta forma, foram aprovados e incluídos no texto da Constituição Federal de 1988 os artigos 227 e 228, com as seguintes redações:

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

O artigo 227 sofreu alteração por meio da Emenda Constitucional nº 65/2010, que incluiu a proteção jurídica ao jovem, garantindo a este proteção integral e prioridade absoluta. A regulamentação de tal inovação legislativa adveio com o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013, estabelecendo políticas públicas para a juventude com base alicerçada em princípios, diretrizes e direitos com reflexo na Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Consolidação das Leis do Trabalho, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, Lei do Sistema Único de Saúde e outras normas. Porém, o tema da proteção integral continua a ser disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista a previsão de aplicação deste no próprio Estatuto da Juventude.

⁸⁸ AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 54.

A partir de então, crianças e adolescentes passam a ter a proteção integral, sendo considerados sujeitos de direitos por meio da doutrina da proteção integral. No artigo 227 do texto da Constituição, bem como ao longo dos seus artigos, estão descritos direitos e garantias que devem ser efetivados.

A doutrina da Proteção Integral foi assim sintetizada por Antônio Carlos Gomes da Costa⁸⁹: “constituiu uma verdadeira revolução copernicana na área da infância e da adolescência”.

Doravante, no texto da Constituição Federal de 1988, as mudanças são profundas e significativas, contemplando a Doutrina da Proteção Integral, que se apresenta alicerçada nos seguintes ditames: reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento titular de proteção especial; crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; as Nações Unidas subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade⁹⁰.

Formalmente, o Estado brasileiro abandona a Doutrina da Situação Irregular, de caráter filantrópico e assistencial, gerida de forma centralizada pelo Poder Judiciário, que alcançava criança e adolescente, mediante o binômio pobreza-marginalidade; adotando a partir de então a Doutrina da Proteção Integral, com característica de política pública, com crianças e adolescentes sujeitos de direitos, titulares de direitos subjetivos.

Motivado por forte cobrança dos movimentos sociais organizados, em 1990 foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente. “Dessa forma, o Estatuto escora um microsistema protetivo, aberto, de regras e princípios, baseado nos princípios da Absoluta Prioridade, da Proteção Integral e do Melhor Interesse”⁹¹. Tais princípios serão explanados nos tópicos seguintes.

2.3.1 A Constituição Federal como consagradora do princípio da proteção integral – do “direito do menor” ao “direito da criança e do adolescente”

A doutrina da proteção integral supera um contexto de ausência de normas protetivas quanto ao tema criança e adolescente, pois até o advento da Constituição Federal de 1988

⁸⁹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **A mutação social: Brasil criança urgente – A Lei nº 8.069/90**. São Paulo: Columbus Cultural, 1990. p. 38.

⁹⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12.

⁹¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 9.

prevaleceu a doutrina da situação irregular, que se limitava a tratar a população infantojuvenil sob a perspectiva do binômio pobreza-marginalidade. Legislava-se nesta época em razão da desigualdade econômica e social, olvidando-se do amparo às pessoas da faixa etária em debate.

O reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes no sistema constitucional brasileiro passa pelo subsistema normativo próprio, que tem por referência basilar a Declaração Internacional dos Direitos das Crianças de 1989. Assim, o Brasil, valendo-se de momento coincidente, inclui em seu texto da Constituição de 1988 os artigos 227 e 228, resultantes da Declaração já citada, mesmo antes da aprovação desta no ano de 1989.

Percebe-se um salto histórico significativo com o repúdio à Doutrina da Situação Irregular, de forma vanguardista, estabelecendo o novo modelo proposto pela Doutrina da Proteção Integral. O projeto de sociedade trazido pela Constituição Federal de 1988 demonstra a opção por um Estado Democrático de Direito que prevê a redução das desigualdades a partir do reconhecimento das diferenças e especificidades.

Na lição de Martha de Toledo Machado⁹²,

a Doutrina da Proteção Integral é a base valorativa que fundamenta os direitos da infância e da juventude. Parte do reconhecimento normativo de uma condição especial, ou peculiar, das pessoas desse grupo etário (zero a 18 anos), que devem ser respeitadas enquanto sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, a partir de então, ainda que no texto normativo, foram reconhecidos em sua dignidade, como pessoas em desenvolvimento, que necessitam de especial proteção e garantia dos seus direitos por parte dos adultos: Estado, família e sociedade.

Devido à condição de pessoas em desenvolvimento, a elas é conferido tratamento especial que se instrumentaliza nos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, com o “reconhecimento da condição de titularidade de direitos dessa parcela da população, cujo tratamento histórico e legislativo foi sempre de indiferença em relação a sua peculiaridade, ou de consideração como objeto do poder e da decisão dos adultos, com o intuito de tutela ou controle”⁹³.

Com a consagração da Doutrina da Proteção Integral, a Constituição brasileira de 1988 apresenta-se como garantidora de direitos de ordem individual e social, tendo por titulares crianças e adolescentes, indistintamente, somente pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, justificando um tratamento especial.

⁹² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 47-54.

⁹³ COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus direitos fundamentais**. São Paulo: Editora do Advogado, 2012. p. 132.

Portanto, não há dúvida de que a doutrina da proteção integral está em conformidade com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, uma vez que agrega o reconhecimento da criança e do adolescente diante de todos os direitos inerentes ao ser humano e também a outros direitos decorrentes da condição especial, por serem pessoas em desenvolvimento.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida segundo lição de Ingo Sarlet⁹⁴:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano o que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Considera o autor o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio normativo fundamental, sendo, portanto, um dos fundamentos do Estado democrático e social de direito⁹⁵.

Ainda sobre o tema, merece destaque a doutrina dos juristas portugueses Jorge Miranda e Rui de Medeiros⁹⁶:

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a constituição enuncia e protege.

O que se conclui é que os direitos consagrados nos artigos 227 e 228 da Constituição Federal enquanto direitos fundamentais, garantidores da dignidade da pessoa humana, buscam a efetivação social de direitos para tal parcela da população e também garantem os objetivos da Constituição, pois asseguram a paz social e obtêm como resultado pessoas sadias para a convivência harmoniosa em sociedade, já que atendidas as suas necessidades no âmbito coletivo e individual, proporcionam condição de igualdade material e, por fim, dignidade.

O reconhecimento da dignidade humana de crianças e adolescentes, fato que era negado historicamente, se coaduna com o conteúdo constitucional referente às pessoas de tal

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 70-71.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 78.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1976. p. 53.

faixa etária, apresentando-se como um subsistema normativo necessário. Destarte, a população infantojuvenil se enquadra na proteção geral do texto da Constituição, e particularmente num sistema de proteção específico justificado pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Doutra banda, tais direitos geram para o Estado o dever da prestação de serviços públicos com vistas à garantia de direitos sociais e individuais que promovam a efetivação de direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares.

Ana Paula Costa⁹⁷ tratando sobre a não efetivação dos direitos fundamentais dos adolescentes brasileiros, aponta não haver limites objetivos no sistema normativo atual que justifique tal situação, em aponta que “tais direitos contam com eficácia direta, ou ainda, quando amplos em suas prescrições, possuem regulamentação já positivada

É válido destacar que a Doutrina da Proteção Integral trouxe para o protagonismo da questão da criança e do adolescente, a família, a sociedade e o Estado, havendo responsabilidades interdependentes com o fito da valoração do sujeito inserido na faixa etária de zero a 18 anos de idade, em todas as suas dimensões.

A Doutrina da Proteção Integral, nascida da Declaração dos Direitos da Criança de 1989, abrigada na Constituição Federal Brasileira de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, é constituída de um conjunto harmonioso de regras e princípios inseridos num sistema que visa a solucionar as relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes, agora sujeitos de direitos, independentemente de quaisquer condições sociais, econômicas e culturais.

A doutrina da proteção integral representa uma ruptura paradigmática sem precedentes na história jurídica nacional, conforme ensinado por Martha de Toledo Machado⁹⁸:

Em resumo, a Constituição brasileira de 1988 rompeu com esse paradigma (menorista), e a ruptura passa necessariamente por duas vertentes: a) pelo reconhecimento e pela configuração de um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais distinto daquele configurado para os adultos; b) pela igualdade jurídica entre todas as crianças e adolescentes, independentemente da posição que ocupem no seio da sociedade.

Considera-se que a partir de então, o ponto nodal da questão da criança e do adolescente encontra arrimo no fato de que a estes são conferidos direitos e deveres na órbita

⁹⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora do Advogado, 2012. p. 31.

⁹⁸ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 152

jurídica nacional, sendo inclusive titulares de direitos fundamentais, considerando-se sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Isso provoca uma necessária mudança de postura da sociedade e do Estado, principalmente do Poder Judiciário, que deixa de ser centralizador e punitivo e passa a atuar em rede com os demais atores da Doutrina da Proteção Integral, na proteção de crianças e adolescentes, a despeito da classe social ou de qualquer outra característica que não mais pode servir como fator de segregação.

As características principais da doutrina da proteção integral são identificadas por João Batista Costa Saraiva, a partir dos estudos de Mary Beloff, e consistem, resumidamente, em: revogação da definição ambígua de menor em situação irregular; garantia de proteção integral de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, inclusive na esfera preventiva; competências definidas de cada ente da federação no âmbito da proteção administrativa e jurisdicional; descentralização e municipalização do sistema de proteção integral, forte na solidariedade civil; desjudicialização dos conflitos, reforçando-se a esfera administrativa de proteção; e a realocação dos juízes para a decisão típica jurisdicional, rompendo-se com a visão do juiz menorista⁹⁹.

De agora em diante, abandona-se o termo menor, utilizado até então no texto para justificar a fase histórica anteriormente demonstrada, e a partir da Doutrina da Proteção Integral passa-se a tratar de crianças e adolescentes, até mesmo para se desvencilhar das doutrinas anteriores e da ausência de direitos, que era o sinal determinante.

Depois de analisada a doutrina da proteção integral, cabe demonstrar os princípios basilares da proteção da criança e do adolescente – a prioridade absoluta e o melhor interesse da criança –, bem como averiguar a efetividade da doutrina ora implantada no sistema normativo.

2.4 Dos Princípios Jurídicos – exposição abreviada

Antes de adentrar no tema próprio dos princípios que regem as relações jurídicas de crianças e adolescentes, importante apresentar, ainda que de modo sucinto, os princípios jurídicos para uma melhor compreensão do tema.

⁹⁹ BELOFF, Mary; MENDEZ, Emílio Garcia. **Infância, lei e democracia na América Latina**: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. 1990-1998. Blumenau: Edurb, 2001. p. 113-137.

Vicente Ráo¹⁰⁰ pontua a importância dos princípios do direito natural para a construção dos sistemas jurídicos positivos para o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à condição humana. No entanto, tais princípios “não esgotam nem alcançam o inteiro conteúdo do direito normativo aplicável a uma variedade sempre crescente de relações, muitas das quais ou são indiferentes ou relacionadas por modo excessivamente remoto aos postulados básicos do direito natural”

Ultrapassada a fase de divergência entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, tem-se o entendimento predominante na quadra da ciência jurídica atual de que os princípios do direito ganharam o *status* de normas jurídicas, incidindo na aplicação e na interpretação de outras normas.

Em relação às normas jurídicas, Konrad Hesse assevera que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”¹⁰¹. Ou seja, para que a norma seja eficaz, deve haver a coincidência desta com a realidade.

Ressalte-se que a fundamentalidade dos princípios se faz presente com a positivação destes no texto da Constituição Federal de 1988, no título “Dos Princípios Fundamentais”. Trata-se do reconhecimento claro do pensamento pós-positivista de que os princípios são normas jurídicas que fundamentam a ordem jurídica constitucional.

Para a conceituação dos princípios, vale transcrição de Bandeira de Melo¹⁰²:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica da racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico.

Quanto à sua natureza jurídica, os princípios têm a sua normatividade reconhecida. A doutrina italiana, através de Norberto Bobbio¹⁰³, assevera que os princípios são normas fundamentais, fundamentando-se nos argumentos de que “se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles” e que a função dos princípios é a mesma cumprida pelas normas:

¹⁰⁰ RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: RT, 1991. p. 240.

¹⁰¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 14.

¹⁰² MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 450.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 158-159

A violação a um princípio implica ofensa a todo o ordenamento jurídico e aos seus valores consagrados constitucionalmente. Até porque os princípios em suas vertentes devem ser considerados como norteadores da legislação, bem como da interpretação e aplicação da norma. Neste ponto, há que se concluir que os princípios emergem da cultura social e jurídica resultante de um determinado momento histórico, sendo fundamentais no processo de produção do direito, como também na sua aplicação e justificação.

Para Alexy¹⁰⁴, os princípios são mandamentos de otimização que se caracterizam pela possibilidade de cumprimento em diversos graus. A medida ordenada de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Já as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, só podem ser cumpridas ou descumpridas.

Ainda segundo Alexy, os princípios possuem um grau de satisfação variável, enquanto as regras possuem um grau de satisfação fixo na dimensão do que é fática e juridicamente possível.

Em comentário ao elemento central da teoria dos princípios de Alexy¹⁰⁵ que define princípios como mandamento de otimização, Virgílio Afonso da Silva assim pontua:

Isso significa, entre outras coisas, que ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras de proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas”.

O convívio entre regras e princípios é assim explicado por Humberto Ávila:

(...) um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México D.F., México: Fontamara, 2010. p. 14.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. Ed., revista, Malheiros, 2010, p. 120-121.

Para elucidar a diferença entre regras e princípios, Canotilho explica que as regras são normas que proíbem ou permitem algo, sem considerar exceções, atuando como direito definitivo. Os princípios a partir das possibilidades fácticas e jurídicas impõe a realização de um direito ou de um bem jurídico em observância a reserva do possível¹⁰⁷.

Também sobre a diferença entre regras e princípios, Virgílio Afonso da Silva destaca que o elemento distintivo é a estrutura que essas normas garantem. Assim, no caso das regras, garantem-se direitos definitivos, enquanto no caso dos princípios, são garantidos direitos *prima facie*¹⁰⁸.

Para Ana Paula de Barcellos¹⁰⁹, sobre princípios e regras, anota que “para além de outros critérios distintivos, há algum consenso acerca do fato de que princípios e regras são categorias de enunciados que têm estrutura diversa; essa diferença pode ser descrita de modos variados”. Prossegue a autora afirmando que as regras ditam os comportamentos, não se importando com as finalidades; enquanto os princípios não explicitam as ações que devam ser praticadas e almejam o alcance de um estado ideal.

Buscando inspiração nos textos internacionais, a validade e o conteúdo dos princípios encontram seu nascedouro no artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, datado do ano de 1920, nos seguintes termos¹¹⁰:

Os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas como aptos ou idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais; fórmula, essa, consagrada e incorporada literalmente em 1945 pelo art. 38, I, “c”, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, a seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do tratado que instituiu em 1957 a Comunidade Econômica Europeia.

Imperioso se faz, para tópicos futuros da pesquisa, perceber os princípios a partir das prescrições valorativas constitucionais, porquanto são “enunciados com força normativa e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Nesta breve incursão sobre a teoria geral dos princípios, a fim de justificar a necessidade da observância dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, 1992. p. 544 e 545

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 169-170.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 265.

criança como fundamentais para a proteção da criança e do adolescente, resta a conclusão de que os princípios jurídicos são normas hierarquicamente superior às regras jurídicas, devendo com estas se coadunar para a manutenção harmoniosa do sistema jurídico. Cumprem os princípios jurídicos as funções fundamentadora, interpretativa e supletiva, servindo como fonte da construção do direito, interpretação das normas jurídicas e preenchedores das lacunas na ausência de normas expressas.

Nesse contexto, verifica-se o caráter principiológico do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez já apresentado o caminho percorrido na legislação internacional para o alcance de proteção integral e com a característica de absoluta prevalência.

Desta forma, o texto da Constituição Federal de 1988, e em seguida, o Estatuto em destaque preocuparam-se em instituir uma série de princípios específicos, baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, observando a característica peculiar de pessoas em desenvolvimento, para conferir-lhes prioridade absoluta.

Portanto, não se pode olvidar que o Estatuto da Criança e do Adolescente resulta da construção desse novo momento jurídico nacional, inaugurado com o texto da Constituição vigente e da sua nova ordem principiológica estabelecida, com fins a assegurar bens jurídicos indispensáveis à essência do Estado Democrático de Direito.

2.4.1 Do Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio da prioridade absoluta encontra abrigo no texto do artigo 227 da Constituição Federal, com a finalidade de assegurar que os direitos fundamentais ali elencados sejam garantidos às crianças e aos adolescentes. Sua regulamentação é expressamente tratada no artigo 4º e no artigo 100, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deve tal princípio ser observado pela família, pela sociedade e pelo Estado, já que as entidades em questão formam, a partir da doutrina protecionista, o tripé da proteção integral.

No mesmo sentido, os artigos 3º e 4º da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, considerando o princípio da prioridade absoluta, impõem ao Estado o dever de tratar as políticas públicas, planos, programas e serviços destinados à primeira infância de forma a atender às suas especificidades, com a garantia do desenvolvimento integral¹¹¹.

¹¹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66.

Em decorrência, a prioridade absoluta vincula os atores da proteção integral – família, governantes, administradores, legisladores, magistrados, membros do Ministério Público, membros do Conselho Tutelar e demais personagens ligados à temática infantojuvenil –, devendo ser concedida prioridade a todas as relações que envolvem crianças e adolescentes, haja vista a necessidade de cuidado e atenção especiais, que deve ser observada para a população desta faixa etária.

Ensina Wilson Donizeti Liberati¹¹²:

Por prioridade absoluta devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens.

Em lição de Antônio Cezar da Fonseca¹¹³, a garantia da prioridade absoluta deve ser constitucionalmente entendida como

[...] um verdadeiro princípio, ou uma norma/princípio, sendo um dos componentes de distinção às garantias protetivas de crianças e adolescentes, separando-as das demais garantias outorgadas aos adultos em geral. É o norte para a efetivação dos demais direitos e garantias fundamentais, retratando um “priorizar” à infância e juventude, desde o recém-nascido ao adolescente.

O que se deve ter definido é que a finalidade do princípio da prioridade absoluta consiste em assegurar a proteção integral, por meio da primazia em favor da criança e do adolescente em todas as áreas de interesse, tais como judicial, extrajudicial, administrativo, social e familiar. Assim, garante-se a efetivação dos direitos fundamentais elencados no artigo 227 da Constituição Federal e regulamentados no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo a transcrição deste último:

Artigo 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

¹¹²LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 16.

¹¹³ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Do que se observa, resta claro que a prioridade absoluta se traduz na presteza ao atendimento de todas as necessidades de crianças e adolescentes. Assim, deve ser observado em todas as esferas, com a celeridade na tramitação das ações judiciais, com a preferência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública e com a priorização na formulação de políticas sociais públicas.

A enumeração destacada no parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente não é exaustiva, representando o mínimo exigível, sendo indicativa quanto à necessidade de obediência à determinação do texto constitucional e à busca da concretização dos direitos fundamentais¹¹⁴.

2.4.2 Do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Como visto, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 constitui a síntese dos princípios de proteção à criança e ao adolescente consagrados na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, *in verbis*:

Artigo 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 interesse maior da criança.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 18.1 da Convenção:

Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

Doravante, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentar os direitos conferidos às crianças e aos adolescentes a partir da Constituição Federal de 1988, alçando-os à categoria de sujeitos de direitos com a necessidade de proteção especial, tendo em vista a condição de pessoas em desenvolvimento.

Nessa esteira, o princípio do melhor interesse da criança, com raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU – Organização das Nações Unidas – no

¹¹⁴ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

ano de 1959, ganha relevo no ordenamento jurídico pátrio com a implantação da teoria da proteção integral.

Apesar de alguns autores pontuarem a existência do princípio do melhor interesse da criança em período anterior ao texto da Constituição de 1988, com alusão à política nacional do bem-estar do menor, para a presente pesquisa interessa localizar o princípio em comento apenas a partir da doutrina protecionista.

A partir de 1988 não resta dúvida, com base na lição de Gustavo Tepedino, que o princípio do melhor interesse da criança adquire conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana, introduzida pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, com previsão específica no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁵.

Desta forma, afirma-se o princípio do melhor interesse da criança com natureza constitucional, sendo cláusula genérica em busca da efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, servindo também como critério hermenêutico das relações que os envolvem.

O princípio aparece de forma clara no artigo 100, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Artigo 100 Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

[...]

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; [...].

Por vezes confundido com o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse da criança ou interesse superior da criança distingue-se do primeiro quanto à origem, pois advém da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, enquanto a prioridade absoluta tem seu nascedouro na Constituição de 1988.

Na lição de Ana Paula Costa¹¹⁶, a origem histórica do princípio do melhor interesse da criança é assim revelada:

¹¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 395.

¹¹⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora do Advogado, 2012. p. 152.

[...] remonta ao direito anglo-saxônico, em razão da necessidade de o Estado outorgar para si a guarda de indivíduos juridicamente limitados (menores e loucos). No século XVIII, no entanto, conforme Amin, o instituto foi cindido, separando-se a proteção dos dois públicos, sendo incorporado com tal característica no sistema jurídico Inglês em 1836. Foi adotado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1959, e era referido nas legislações de menores sob o enfoque da “doutrina da situação irregular”. Assim, em nome do “melhor interesse do menor”, muitas ações foram realizadas, provocando graves injustiças. Isto ocorreu, especialmente porque, em face de sua indeterminação, possibilitava a prevalência da visão dos adultos sobre o que seria o melhor interesse daqueles que, em tais circunstâncias, estariam em situação irregular.

A partir da sua positivação na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o princípio do melhor interesse ganhou conotação diferente, limitando-se à garantia do conjunto de direitos conferidos às crianças e aos adolescentes. Não é mais possível, a partir de então, ao magistrado subjetivamente dar a interpretação que lhe aprouver ao princípio em debate.

Não se pode olvidar que o princípio do melhor interesse atua como limitador aos poderes conferidos aos adultos em relação às crianças e aos adolescentes, devendo sempre prevalecer os interesses destes e a efetivação dos seus direitos.

Para Andréa Amin¹¹⁷, o melhor interesse é “princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador da Lei, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras”.

Em se tratando de princípio genérico, a discussão se fixa na discricionariedade e, por vezes, na arbitrariedade dos aplicadores da lei, quando da interpretação e aplicação do princípio do melhor interesse. A tendência é observar o melhor interesse sob o ponto de vista do adulto envolvido na relação, quando nem sempre tal conduta privilegia de fato os interesses das crianças e dos adolescentes com a efetivação dos seus direitos.

Sob tal questionamento, Pietro Perlingieri¹¹⁸ já apontava a falta de preparo dos juízes no Direito italiano para lidar com o tema, resumindo a questão ao assinalar as possíveis falhas dos magistrados: “tornar-se um juiz orgânico aos serviços sociais, com o risco de comprometer a sua imparcialidade; envolver-se no sistema, com grave prejuízo das suas funções típicas e com possíveis comprometimentos e confusões”.

¹¹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do direito da criança e do adolescente. In: AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

¹¹⁸ PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.006.

De igual modo, o juiz brasileiro somente estará decidindo em consonância com o princípio do melhor interesse da criança quando priorizar o acolhimento amplo e irrestrito dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, ausentes as interpretações subjetivas do intérprete e aplicador da lei.

A busca deve ser pela dignidade de crianças e adolescentes, com observância a critérios objetivos que atendam à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Deve-se privilegiar tão somente o destinatário final da doutrina protetiva, ou seja, a criança e o adolescente, em atenção à concretização dos seus direitos fundamentais, sendo este o ponto de discussão seguinte.

2.5 Dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes

Neste primeiro momento, deve-se salientar que de acordo com Carl Schmitt¹¹⁹, os direitos fundamentais [...] “são os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado [...]”. São, portanto, aqueles nomeados e abrigados no texto constitucional, caracterizando-se tal conceito pela conexão a critérios substanciais e estruturais.

Para Robert Alexy¹²⁰, “[...] normas de direitos fundamentais são aquelas normas expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados”.

Trazendo a discussão para a doutrina nacional, José Afonso da Silva¹²¹ assim define o tema:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem nos sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

¹¹⁹ SCHMITT, Carl apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 561.

¹²⁰ ALEXY, Robert. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 182.

Não se pode olvidar que todas as Constituições brasileiras trouxeram em seu texto um elenco de direitos ditos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 enumera os direitos e garantias fundamentais em seu segundo título, de modo exemplificativo, admitindo a subsistência de direitos fundamentais implícitos, que na definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²² são tidos por direitos fundamentais materiais, aqueles considerados em sua essência, “já que sua fundamentalidade independe de positividade numa Declaração, Constituição, tratado ou lei. Tais direitos, assim, são constituídos pela “matéria” (essência) fundamental. São, por isso, chamados de direitos materialmente fundamentais”.

Para o autor acima citado, com arrimo na teoria de Robert Alexy, um direito fundamental deve apresentar os seguintes requisitos: ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; concernir a todos os seres humanos; ter valor moral; ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito e pesar de modo capital para a vida de cada um¹²³.

Nessa esteira de raciocínio, o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do ordenamento jurídico brasileiro, apresentou inovações para o direito da criança e do adolescente.

A partir de então, a criança e o adolescente são titulares de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, 6º e 7º. Possuem, também, direitos diversos denominados de direitos fundamentais especiais, haja vista a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – nasce com o encargo de indicar a construção dos direitos das crianças e dos adolescentes sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, indistintamente, e na observância da peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, rompendo-se em definitivo com a antiga Doutrina da Situação Irregular, representada pelo segundo Código de Menores, de 1979.

Dirigido por novo padrão, o direito da criança e do adolescente, a partir de então, revela os pilares que o fundamentam: a atribuição da característica de sujeito de direito a crianças e adolescentes, titulares de direitos fundamentais. A estes também se confere o atributo de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; a prioridade absoluta, determinada no art. 227 da Constituição Federal de 1988 e regulamentada no art. 4º, parágrafo

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

¹²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

único, do Estatuto; bem como a participação da família, da sociedade e do Estado como atores principais da proteção integral, formando o tripé que sustenta tal doutrina.

Nesta perspectiva, pode-se asseverar que o advento da doutrina da proteção integral proporcionou uma gama de direitos e garantias específicas para crianças e adolescentes, além da proteção geral, também inserida no texto constitucional.

São, portanto, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, balizas para a consolidação de direitos fundamentais, abrigados no texto do Estatuto em seu segundo título e com o seguinte rol: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; direito à profissionalização e à proteção no trabalho. Importa, para o tema em estudo, a análise dos direitos fundamentais relativos à liberdade, ao respeito e à dignidade, bem como o direito à convivência familiar.

2.5.1 Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

Analisando o dispositivo que trata do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, inserto no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 15, vislumbra-se que se trata de princípios com comando emanando do texto da Constituição Federal em seu artigo 227, e que traduzem direitos e garantias, bem como tutela à cidadania, adquirindo o *status* de norma jurídica programática.

Eis o exame dos artigos mencionados:

Artigo 227 da Constituição Federal: 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Artigo 15 do ECA: 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.

O que se observa é que os direitos aqui debatidos são inerentes ao Estado Democrático de Direito e reafirmados no subsistema do Estatuto da Criança e do Adolescente em razão da especificidade da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento da população infantojuvenil. Preserva os direitos daqueles que a partir da Doutrina da Proteção Integral se

tornaram sujeitos de direitos, amparando-lhes quanto à dignidade, ao respeito e à preservação da família, por serem pilares essenciais à formação da personalidade.

Quanto ao direito à liberdade, o presente estudo fixa-se na liberdade de participar da vida familiar e comunitária sem discriminações, o que assegura às crianças e aos adolescentes a convivência familiar como um direito subjetivo que requer prestações positivas e condições favoráveis e efetivas para o seu alcance.

Quando se trata de direito ao respeito, a questão envolve os aspectos físico, psíquico e moral, abrangendo tal direito a preservação da imagem e da identidade das pessoas. Desse modo, a personalidade deve ser considerada como um agrupamento necessário de elementos que lhe dão estrutura. Sem os ditos bens apontados não há como se formar a personalidade de alguém; logo, privadas as pessoas deles, não há que se falar em comunidade de homens na ordem jurídica e, por conseguinte, em ordem jurídica, nem em verdadeira sociedade.

É prerrogativa da criança e do adolescente serem respeitados nos vários direitos da personalidade, entendidos como o direito à intimidade, ao segredo, à honra, ao recato, à imagem, à identidade pessoal, familiar e social, para fins do alcance de sua integridade moral.

O que se pretende pontuar é que a formação da personalidade infantojuvenil perpassa pela garantia da liberdade, do respeito e da dignidade. Sob tais aspectos, a convivência familiar e comunitária se torna imprescindível.

2.5.2 Direito à Convivência Familiar e Comunitária

A partir do texto da Constituição Federal vigente, a família passou a ser vista sob a perspectiva do respeito a todos como sujeitos de direitos, observadas as individualidades, e, por consequência, seus direitos fundamentais.

Já na Declaração dos Direitos do Homem, a proteção encontra registro nos seguintes termos, conforme o artigo 16.3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

No mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica assinala com redação idêntica em seu artigo 17 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Percebe-se a importância da proteção da família para a formação da personalidade de seus integrantes, de modo a desenvolver cidadãos sadios para a convivência social harmônica.

Neste contexto, a convivência familiar e comunitária é definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19, com a seguinte redação: “É direito da criança e do

adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

Resta clara a necessidade de fortalecimento das relações afetivas, bem como o desenvolvimento e a preservação do grupo familiar. Conclui-se que “a célula *mater* da sociedade, modernamente, passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual possui como elemento nuclear o afeto”¹²⁴.

Fundamentam a nova perspectiva de família sob a ótica do ECA o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e o princípio da parentalidade responsável. Ainda no contexto do Estatuto, a partir da alteração deste por meio da Lei nº 12.010/2009, ficou mais evidente a proteção da convivência familiar a partir dos incisos IX e X do parágrafo único do artigo 100, que prevê os princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família.

Na verdade, não se trata especificamente de princípios, mas de deveres relativos aos pais de agirem com responsabilidade, garantindo aos filhos os direitos que lhes são inerentes quando se trata da responsabilidade parental. A prevalência da família revela a necessidade de se manter crianças e adolescentes abrigadas em seu seio familiar.

Antes mesmo da proteção no Estatuto da Criança e do Adolescente, o vínculo familiar já tinha proteção no texto do artigo 227 da Constituição Federal, como também na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que prevê: “Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade destes, exceto quando as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança”.

Analisando a importância da família na construção do desenvolvimento de crianças e adolescentes, pode-se apontar que indubitavelmente esta se mostra imprescindível enquanto fenômeno humano no qual se funda a sociedade. É marcada contemporaneamente por relações das mais variadas situações: complexas, plurais, abertas, multifacetárias e globalizadas¹²⁵.

O momento presente da família deve ser entendido em face dos aspectos da globalização e das transformações sociais e subjetivas efetivadas na vida dos indivíduos.

¹²⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 39.

Neste início de milênio, convive-se com três tipos de família: a tradicional, sinônimo de produção econômica conjunta, autoridade paterna, casamento com ênfase em seus aspectos funcionais e conexões com a comunidade e parentes; a moderna, mais nuclear, influenciada pelo individualismo, pouco ligada a laços de parentesco e à comunidade e bastante centrada no afeto entre seus membros; e a pluralística, em que a principal característica são os novos arranjos, sendo compostas por mães e filhos ou pais e filhos, reconstituídas com filhos de primeiras e/ou de segundas uniões, e outras mais, todas elas mais flexíveis, menos permanentes e mais igualitárias¹²⁶.

Desta forma, “avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares”¹²⁷. A nova base de estruturação da família preocupa-se com o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, numa perspectiva agora fundada também no afeto.

Sobre a transformação da família e a sua importância para o desenvolvimento sadio e harmonioso dos indivíduos, pontuam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹²⁸:

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio a inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Para Gustavo Tepedino, o tema central de preocupação do ordenamento jurídico brasileiro é com “a pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o Direito de família”¹²⁹.

A proteção constitucional conferida à família tem como destinatários os próprios cidadãos, protegidos enquanto pessoas humanas em sua dignidade. Merecem proteção peculiar aqueles que se encontram na condição especial de pessoas em desenvolvimento.

¹²⁶ HENRIQUES, Célia Regina. **Trabalho e família**: o prolongamento da convivência familiar em questão. São Paulo: Paidéia, 2006. p. 327-336.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 37.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016. p. 37.

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 326.

Disso se conclui que o direito à convivência familiar é tido como “direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente)”¹³⁰.

2.6 A Aplicação da Convenção sobre Subtração de Crianças no Brasil

A partir do arcabouço legislativo, histórico e social apresentado acerca das crianças e adolescentes segundo o ordenamento jurídico brasileiro, cumpre, nesta fase da pesquisa, adentrar propriamente nos meandros do tratado internacional analisado, a fim de averiguar se sua aplicação no Brasil se ajusta ao momento legislativo de proteção conferida ao público infantojuvenil, com respeito aos seus direitos fundamentais.

A Convenção de Haia, sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças, é um tratado multilateral do tipo aberto, ao qual o Brasil aderiu somente em 1999. Foi promulgada por força do Decreto Executivo nº 3.413, de 14 de abril de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.951, de 4 de outubro de 2001.

Merece melhor elucidação a afirmação acima transcrita. Em linhas gerais, os tratados são, segundo Hildebrando Accioly, “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois sujeitos de direito internacional”¹³¹.

Segundo a classificação, considerando o seu aspecto formal e o número de contratantes, o tratado pode ser bilateral ou multilateral, sendo formado pela participação de dois Estados contratantes ou de vários deles, respectivamente. A possibilidade de adesão posterior deve-se ao fato de o tratado possuir tal cláusula de adesão permite o ingresso de outros Estados contratantes ao tratado após a sua conclusão.

Inserem-se os tratados no ordenamento jurídico brasileiro após serem sancionados pelo Presidente da República, podendo adquirir a forma de lei ordinária ou de Emenda Constitucional, a depender do conteúdo versado. Há diferença quanto à tramitação no Congresso Nacional em relação ao quórum para aprovação e à processualística empregada.

Adquirindo os tratados força de lei, há que se observar, segundo Rodrigo Fernandes More¹³², que

¹³⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151-152.

¹³¹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

[...] no nosso sistema jurídico, por exemplo, há leis programáticas e leis autoexecutáveis, que diferem pela exigência, ou não, de regulamentação para serem exigíveis desde logo. O mesmo se aplica aos tratados: há que se questionar a natureza jurídica de seus dispositivos quanto à sua eficácia, ou seja, se são autoexecutáveis ou apenas programáticos.

Por possuir a Convenção de Haia da 1980 a característica da multilateralidade, tendo em vista o número de países agrupados, é difícil chegar-se a um consenso acerca de uma redação capaz de instrumentalizar o tratado de forma eficaz; restando a cada Estado-membro a tomada de providências. Nesse sentido, apresenta o caráter de norma programática.

Ainda se deve observar que o texto da Convenção traz em seu artigo 4º determinações a serem seguidas pelas autoridades julgadoras como norte balizador para a aplicação dos requisitos a seguir: os Estados envolvidos no pedido de retorno da criança devem fazer parte da Convenção com a sua consequente assinatura e ratificação; a criança deve possuir residência habitual no Estado requerente; a transferência ou retenção ilícita deve violar, ao tempo do sequestro, o direito de guarda ou de visita de um dos genitores; a criança deve ter a idade limite de 16 anos incompletos para se beneficiar da proteção do texto da Convenção.

A própria Convenção e, posteriormente, o seu decreto regulamentador cuidaram de atribuir competências a alguns órgãos estatais com vistas à consecução dos objetivos pretendidos; no entanto, a instituição da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) e outras providências não foram suficientes para a execução plena dessa norma internacional.

A Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SEDH) do Ministério da Justiça é órgão estatal que faz as vezes da Autoridade Central acima pontuada. O Brasil não atendeu ao mandamento do artigo 6º da Convenção, que determina a criação de autoridades estaduais, concentrando as atividades na esfera federal. Anote-se que posteriormente, por meio da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos foi transformada em Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Na esteira das atribuições conferidas pelo decreto que regulamentou a Convenção, foram criados o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Subtração Internacional de Crianças e o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados Internacionalmente como órgãos auxiliares da ACAF.

¹³² MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados internacionais no Brasil. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças (Haia, 1980). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1.082, 18 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=8517>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

Importante frisar que a Autoridade Central brasileira não possui competência para a propositura de ações judiciais, cabendo solicitação à Advocacia-Geral da União – AGU para que, em nome da União, ofereça a ação perante a Justiça Federal.

A atuação da Justiça Federal nos casos envolvendo subtração internacional de crianças se resume às seguintes possibilidades: em se tratando de transferência ou restituição ilícita com violação do direito de guarda, a restituição da criança será determinada; e nos casos que versem sobre a violação do direito de visita, promove-se o acesso à criança.

Outra particularidade chama a atenção, pois dificulta a aplicação da Convenção e consiste na necessidade de reconhecimento da adesão do Brasil através da declaração de vontade de outro Estado. Somente assim pode existir eficácia do texto normativo internacional em comento, pois, para que haja a cooperação requerida na norma, é necessário que as partes envolvidas no litígio se tenham aceitado mutuamente através de reconhecimento, já que doravante elas serão consideradas titulares de direitos e deveres.

Para facilitar a cooperação processual entre os Estados, em 1998 uma Rede Internacional de Juízes de Enlace foi proposta durante um seminário em Rwemberg sobre Proteção Internacional de Crianças, com a finalidade de facilitar a comunicação entre os Estados-Membros, proporcionando a interação direta entre os julgadores.

O Brasil, seguindo a proposição da Rede acima descrita, nomeou, por meio do Supremo Tribunal Federal, dois juízes federais para executarem a função de juízes de enlace nos casos que versem sobre a Convenção da Haia de 1980. A atuação desses juízes se dá em conjunto com a Autoridade Central, servindo-lhe de apoio. Da mesma forma, têm atuação direta com os juízes processantes, sem interferir na livre convicção destes. Atuam verificando o andamento dos processos e dos procedimentos adotados, dirimindo dúvidas a respeito da Convenção e viabilizando a celeridade nos julgamentos¹³³.

No ano de 2006, após receber críticas da comunidade internacional, o Supremo Tribunal Federal, a fim de dirimir as recriminações ocasionadas pela demora nos processos judiciais, designou um grupo permanente de trabalho, com a finalidade de aprimoramento da aplicação da Convenção da Haia de 1980 no território nacional.

Do que se percebe, a Convenção da Haia de 1980 carece de regulamentação que a torne efetiva através da criação de medidas e instrumentos capazes de permitir a sua executoriedade com o alcance da proteção do bem jurídico por ela tutelado.

¹³³ SIFUENTES, Mônica. **Subtração Interparental**: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Na lição de Natalia Martins¹³⁴, “o espírito da convenção” é considerado claro: proteger os direitos da criança de possuir um local de residência estável, continuando seu relacionamento com ambos os genitores, bem como a liberdade da criança de viver sem medo constante de subtração, podendo frequentar a escola à luz do dia e brincar abertamente em parques públicos. Além disso, o tratado também “busca garantir o pronto retorno de crianças quando vítimas de subtração internacional, por intermédio da promoção de pacífico e regular acesso e visitação a elas, internacionalmente”.

Para tanto, a flexibilidade permitida pelo artigo 2º da Convenção abre espaço para que cada Estado contratante promova os meios que julgar adequados e necessários, com a criação de normas internas garantidoras do direito fundamental de qualquer criança ao convívio familiar e comunitário sadio e harmonioso.

No entanto, no Brasil, ainda não há regulamentação da Convenção através da legislação pátria, ausente qualquer ordenamento específico para a promoção da adaptação do texto da Convenção à realidade brasileira e do Judiciário. Fomenta-se assim o desconhecimento dos aplicadores quanto à Convenção, o que pode resultar em seu descumprimento. No mais, deve-se observar o emprego equivocado do termo sequestro, como se demonstrará adiante.

2.6.1 Subtração Internacional de Crianças de acordo com a Convenção da Haia de 1980

Na busca de propostas para a melhoria da Convenção, a fim de atribuir-lhe a eficácia desejada, imperiosa se faz uma crítica acerca da terminologia subtração empregada pela tradução brasileira, como também o esclarecimento sobre a conduta ilícita descrita pela regra internacional em discussão, para aferir se o Código Penal impõe punição àquela.

Seguindo essa linha de pensamento, cumpre anotar que a garantia dos direitos da criança é tema de grande relevância no cenário internacional, bem como no interno. Especificamente no direito supraestatal, é numerosa a produção de tratados e convenções para a proteção dos direitos acima citados, emergindo de diferentes organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

¹³⁴ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção da Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação das crianças. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 53.

Destaque-se, neste estudo, a Convenção sobre aspectos civis do subtraçãointernacional de crianças, produzida em Haia no ano de 1980 e que busca a cooperação internacional entre os seus países signatários a fim de enfrentar o deslocamento ilícito internacional de crianças.

Como restou demonstrado acima, o que se procura regular com o instrumento internacional em destaque é a conduta de pais que retiram seus filhos de sua residência usual – sem a concordância do outro genitor –, em que estes podem ter um convívio familiar regular, e os leva ilicitamente a outro Estado, privando-os dessa convivência.

Gustavo Monaco¹³⁵ assim descreve a situação ensejadora da aplicação da Convenção:

[...] a patologia relativa à liberdade de locomoção das crianças começa quando se verifica a subtração do contato do infante com um dos genitores ou representante legal, imposta unilateralmente pelo outro ou por um deles (de forma ilícita, portanto), e pode decorrer, ainda, da subtração do contato de ambos os genitores imposta por outro parente, como um avô, um tio, um irmão etc.

Demonstrada que a conduta do “sequestro” é praticada em regra pelo pai ou pela mãe da criança, não excluindo a participação de qualquer parente, resta analisar tal denominação trazida pela Convenção da Haia.

A tradução para a língua portuguesa do título da Convenção fez com que a nomenclatura “subtraçãointernacional” fosse empregada no texto brasileiro. No entanto, é nítida a inadequação do termo, haja vista a reação que a palavra causa, pois está ligada a conduta delituosa das mais detestáveis e repulsivas.

Como não se trata de comportamento que vise à obtenção de lucro e que não é praticada por terceiros, mas por parentes (entre estes, o pai e a mãe), não se justifica o emprego do termo “sequestro”, já que o Código Penal legitima e acolhe nominalmente duas espécies de sequestro, estas registradas nos seus artigos 148 e 249, que não trazem em seu conteúdo a descrição da conduta prevista pela Convenção. Tanto que não há repetição deste ao longo de todo o texto da norma internacional que trata do subtraçãode crianças, como bem elucida Jacob Dolinger¹³⁶:

[...] o temo “sequestro”, (“abduction” em inglês, e também “kidnapping”, como se vê no título da legislação específica dos Estados Unidos – o Parental Kidnapping Prevention Act de 1980) é um tanto chocante, pois dá a impressão de tratar-se da remoção de crianças por terceiros, para fins de

¹³⁵ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 463.

¹³⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 236.

ganho material, quando, em verdade, se trata do deslocamento de uma criança por um dos pais, que a afasta da posse do outro pai, incumbido da guarda do menor, ou, então, da não devolução da criança – levada por um pai para um período de visitação – uma vez concluído o respectivo termo. Tanto não se trata de subtração que a Convenção da Haia de 1980, cujo título se refere “aos efeitos civis do subtração internacional das crianças”, não repete este termo em nenhum dos seus dispositivos, referindo-se, ao longo de seu texto à “remoção” e “retenção”.

Ainda segundo comentários à Convenção extraídos do site do Superior Tribunal Federal (STF), países como a França e Portugal adotaram termos diferentes de subtração e que encontram previsão legal nas suas legislações internas. Assim, *enlèvement* é empregado na França, significando retirada ou remoção. Em Portugal se utiliza o termo “rapto”. Já no Brasil vale-se do termo sequestro, que não corresponde ao tipo com previsão no Código Penal brasileiro, o que gera discussões e falta de entendimento a respeito¹³⁷.

Dessa forma, melhor seria uma reformulação no título da Convenção em comento, para uma mais perfeita adequação quanto aos termos utilizados.

Constata-se, como dito, que a terminologia aplicada não corresponde a nenhum tipo legal previsto na legislação pátria. Ainda assim, se faz oportuno um melhor esclarecimento do tipo em questão, na busca da melhor forma para denominá-lo.

No artigo 3º da Convenção da Haia de 1980, encontra-se o tipo descrito da transferência ou da retenção ilícita de uma criança quando tenha havido violação do direito de guarda no local de residência habitual da criança ou quando esse mesmo direito de guarda preconizado seja exercido de forma efetiva.

Assim, demonstrado que a conduta tipificada pela Convenção no artigo supramencionado é um deslocamento ilícito ou uma retenção indevida, imperioso se faz analisar o tipo penal do subtração no Código Penal brasileiro, bem como outros tipos assemelhados, para que se faça a clara distinção entre eles e o tipo previsto na Convenção da Haia.

2.6.1.1 Subtração segundo o Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Código Penal brasileiro, ao tratar dos crimes contra a liberdade pessoal, deixa claro que esta compreende as modalidades de liberdade física e psíquica. Portanto, o Direito Penal

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Convenção sobre os Aspectos Civis do Subtração Internacional de Crianças**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convençãohaia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvenção>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

protege o direito de locomoção (ir, vir e permanecer), bem como o direito de manifestação livre da vontade de cada indivíduo.

Faz-se necessário demonstrar que praticamente o Direito Penal tornou-se constitucionalizado, pois a proteção à liberdade é explicitada no *caput* do artigo 5º da Constituição e se reflete ao longo dos incisos de tal artigo.

Deve ser entendido o direito à liberdade, conforme lição de Paulo Bonavides, como direitos de primeira geração que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹³⁸.

Seguindo na mesma linha de pensamento, Norberto Bobbio¹³⁹ assevera:

[...] as liberdades civis, protótipo das liberdades negativas, são liberdades individuais, isto é, inerentes ao indivíduo singular: com efeito, são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado; filosoficamente, são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico.

Contextualizando sobre a verdadeira liberdade, o autor acima citado a descreve como uma liberdade livre de interferências de terceiros que não seja o próprio sujeito do querer. Requer a positividade da autodeterminação. Nesse passo, a ação é tida como livre, se isenta de impedimentos¹⁴⁰.

Na seara penal, Flávio Augusto Monteiro de Barros assim conceitua a liberdade individual¹⁴¹:

[...] a liberdade individual consiste no poder de autodeterminação da vontade. É o complexo de faculdades jurídicas que permite à pessoa conduzir-se no mundo exterior de acordo com a própria vontade, longe do arbítrio do Estado e do acesso indesejado de outras pessoas.

Entendimento semelhante é observado por Heleno Cláudio Fragoso¹⁴², para quem a liberdade individual é tida,

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 563-564.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 57.

¹⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 69.

¹⁴¹ HUNGRIA, Nelson apud BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 217.

¹⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial**: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 212.

[...] sob o prisma jurídico, não como concepção abstrata de um bem natural preexistente à constituição da sociedade politicamente, mas, tão-somente, como o complexo de condições necessárias ao desenvolvimento das atividades em que se manifesta a personalidade humana, sendo expressão e atributo desta.

Mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, a partir da qual se observa o fenômeno do neoconstitucionalismo, Heleno Cláudio Fragoso já afirmava, em 1981, que “a tutela da liberdade individual inscreve-se, modernamente, como garantia constitucional que remonta à Revolução Francesa e à independência americana”¹⁴³. Dessa forma, continua o autor, “sanciona, portanto, a lei penal, de certa forma, a proteção jurídica já outorgada pela Constituição Federal”¹⁴⁴. Demonstra, assim, que a ligação entre esses dois ramos do Direito sempre fora estreita; necessitou-se apenas mais tarde (a partir da Constituição Federal de 1988) de uma nova hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro informada pelos princípios constitucionais.

Merece registro o caráter subsidiário dos delitos contra a liberdade individual, em que se inclui o sequestro. Assim, pode-se perceber que “são tais crimes subsidiários, como geralmente sucede com os outros que compõem o presente capítulo do Código Penal; desde que o fim delituoso não seja a lesão da liberdade, outro crime surgirá, ainda que esse interesse jurídico também tenha sido lesado”¹⁴⁵.

No que concerne ao tipo penal do sequestro, este encontra disciplina no artigo 148 do Código Penal, que guarda íntima relação com o artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, pois o primeiro pune a privação de liberdade, enquanto o segundo garante a livre locomoção no território brasileiro.

Vale a transcrição dos artigos acima debatidos, para que seja mais bem vislumbrada a temática abordada, conforme o Código Penal, artigo 148:

Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:
 Pena - reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos,
 § 1º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:
 I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;
 II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;
 III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias;
 IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;
 V - se o crime é praticado com fins libidinosos.

¹⁴³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 212.

¹⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 213.

¹⁴⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 155.

§ 2º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Constituição Federal, artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Anote-se que o subtração é classificado doutrinariamente como crime comum, havendo a possibilidade de qualquer pessoa figurar como sujeito de tal delito, seja no polo ativo (agente), seja no polo passivo (vítima), não sendo exigida, para tanto, nenhuma condição ou qualidade particular.

Persiste a discussão doutrinária sobre a possibilidade de os incapazes e os impedidos (seja em decorrência de uma enfermidade, seja pelo fato de serem portadores de necessidades especiais) exercerem o seu direito de liberdade e figurarem como sujeitos passivos do sequestro.

Sabe-se que a tutela penal recai sobre a liberdade de locomoção, no entanto, não se pode esquecer que a liberdade psíquica também figura como desdobramento da liberdade antes apontada, pois a vontade e o livre-arbítrio para que se possa escolher para onde e quando locomover-se devem ser protegidos pelo Direito Penal. Se assim não fosse, não haveria a liberdade de movimento de forma plena.

Ao tratar do bem jurídico tutelado pelo delito do sequestro, Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁶ esclarece que:

[...] protege-se, na verdade, o livre gozo da liberdade, que não é destruída ou eliminada tanto com o cárcere privado quanto com o sequestro: seu exercício ou livre gozo é que fica suprimido; cessada a privação, o sujeito passivo volta a gozá-la livremente, em toda a sua plenitude. A liberdade, no sentido em que é protegida, nesse dispositivo, consiste na possibilidade de mudança de lugar, sempre e quando a pessoa queira, sendo indiferente que a vontade desta dirija-se a essa mudança. É suficiente que a possibilidade exista, sendo irrelevante a vontade de mudar. Aliás, a valoração da liberdade violada opera-se por meio de critério puramente objetivo, sendo irrelevante que o ofendido tenha conhecimento de que a sua liberdade pessoal está sendo violada.

Sob essa ótica, conclui-se a respeito das crianças, dos doentes mentais e dos que são vitimados por doenças graves ou que se encontram em situação de paralisia, que eles podem,

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2, parte especial**: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 387.

sim, ser sujeitos passivos do crime previsto no artigo 148 do Código Penal, haja vista que a impossibilidade de expressão da vontade não significa a ausência desta, bem como o impedimento de locomover-se sozinho também não a exclui. Doutro ponto, o exercício do direito da liberdade corpórea realizado sob a ajuda ou cuidados de qualquer tipo, apenas sofre limitações, o que não significa a não existência da liberdade em questão.

Demonstrou-se, a partir da análise do tipo penal do sequestro, que este não guarda nenhuma relação com a transferência ou retenção ilícita de uma criança, prevista no artigo 3º da Convenção de Haia de 1980. Cabe considerar que o tipo previsto na referida Convenção versa sobre a remoção de crianças por um dos seus pais ou parentes da sua residência habitual, não havendo privação de liberdade da criança, mas um afastamento do seu convívio familiar frequente, já que ela é levada para outro país.

No tipo previsto na Convenção da Haia, não há que se falar em aprisionamento ou privação da liberdade da criança, pois esta, mesmo retirada do seu meio usual de convívio, não perde seu direito de locomoção e continua a viver de forma normal, no entanto, sem desfrutar da presença e do convívio de um dos seus pais, já que para um deles o direito de guarda e visita é retirado.

Então, no tocante à Convenção de Haia, não há a violação do bem jurídico da liberdade individual da criança, mormente no seu direito de locomoção, uma vez que permanece a autodeterminação da vontade nesse sentido.

Nem mesmo a qualificadora do subtração que aborda a situação de o crime ser praticado contra descendente faz com que a situação descrita na Convenção da Haia encontre aí o seu fundamento. O dever familiar, nesse caso, é desrespeitado não para privar o sujeito passivo do seu direito a um desenvolvimento sadio principalmente do ponto de vista psicológico, que é proporcionado a qualquer criança quando esta não passa por uma ruptura em sua estrutura familiar. O dever familiar aqui é observado no sentido de privação de liberdade daqueles com quem se tem um dever maior de proteção e laços subjetivos de confiança estabelecidos.

Apesar de a Convenção da Haia de 1980 ficar adstrita aos aspectos civis da subtração de crianças, cumpre observar que o seu papel de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, principalmente o direito à convivência familiar, também perpassa o Direito Penal, tido como o último recurso de proteção de bens jurídicos. Daí a importância de ser assegurado tal direito, por meio da efetivação da Convenção, conforme sucinta explanação no tópico seguinte.

2.6.1.2 A Proteção da Família e da Convivência Familiar na Legislação Penal Brasileira

O Código Penal brasileiro, em seu título VII, intitulado “Dos crimes contra a família”, busca a proteção desse instituto a fim de mantê-lo incólume ante as possibilidades de desarmonia que poderiam ensejar o seu enfraquecimento na sociedade.

Na proteção do estado de filiação, o Código Penal criminalizou as condutas de promoção no registro civil da inscrição de nascimento inexistente, como também a conduta de dar parto suposto como próprio e ainda suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Anote-se também o delito de sonegação do estado de filiação.

A assistência familiar é contemplada no conjunto de normas penais de proteção à família, quando da proibição do abandono material; entrega de filho menor à pessoa inidônea; abandono intelectual e moral.

Já o capítulo IV do Título VII do Código Penal, anteriormente referenciado, traz à baila os crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela, e descreve os tipos penais de induzimento à fuga, entrega arbitrária e sonegação de incapazes, bem como a subtração de incapazes. O primeiro, amparando o poder familiar, a tutela ou a curatela, e o segundo, a própria família e, mais especificamente, a guarda de menores e interditos.

Cabe anotar que a nomenclatura “pátrio poder” se faz imprópria, haja vista a lição de Paulo Lôbo¹⁴⁷:

[...] o poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltem os deveres.

Importante salientar que a mudança de paradigma imposta à família modernizou o instituto do antigo pátrio poder, hoje poder familiar, que afasta o modelo de família patriarcal do Direito romano. Reconhece-se, atualmente, a partilha entre os pais dos deveres inerentes a seus filhos de uma forma igualitária, situação já reconhecida pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 e ratificada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 21, como afirma Kátia Regina Maciel¹⁴⁸.

Infere-se que o objeto de tutela do Código Penal é a manutenção da família como instituto assegurador do desenvolvimento regular de seus membros. Como discorre Pietro

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153.

¹⁴⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

Perlingieri, a família se traduz como “a formação social, garantida pela Constituição, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”.¹⁴⁹

Conforme Beatrice Marinho Paulo¹⁵⁰,

[...] família é o grupo de pessoas a quem o indivíduo é vinculado por laços afetivos e sentimento de pertencimento, que lhes servem de referência primeira na construção de sua personalidade, e a quem se pressupõe que ele possa recorrer, em caso de necessidade material ou emocional.

Nessa conjuntura de proteção à família e aos institutos a ela ligados, interessa o estudo da figura da subtração de incapazes como garantidora do direito de guarda, e mais especificamente, o direito fundamental à convivência familiar. Nessa linha de raciocínio, busca-se a proximidade dessa figura do tipo penal com a conduta descrita na Convenção de Haia.

A subtração de incapazes prevista no artigo 249 do Código Penal brasileiro, nas exatas palavras de Rogério Sanches Cunha, protege “a regular manutenção da família, no que diz respeito à guarda de menor ou interdito”¹⁵¹.

Trata-se de crime comum, daí a possibilidade de qualquer pessoa poder figurar como sujeito ativo de tal delito. Porém, existe a previsão do § 1º, que faz com que pai, tutor ou curador também possam ser sujeitos ativos do delito em tela.

Sobre o parágrafo adiante descrito, Rogério Greco, em seu *Código Penal comentado*, assinala que “os pais só podem ser sujeito ativo do crime definido no art. 249 do CP quando destituídos ou temporariamente privados do pátrio poder (TACrim/SP, Rel. Valentim Silva, JUTACrim. 22/189)¹⁵².

O sujeito passivo do presente delito é aquele que detém o incapaz sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, bem como o próprio menor ou interdito subtraído. A retirada do incapaz da convivência familiar regular, ou seja, da companhia dos pais, tutor ou curador, ou ainda, de quem a lei ou autoridade judicial lhe tenha confiado, constitui conduta punida pela lei penal.

Como delito de execução livre, permite ser praticado sob várias formas. Também é delito subsidiário e, diferentemente do sequestro, não leva em conta o consentimento da

¹⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.

¹⁵⁰ PAULO, Beatrice Marinho. Em busca do conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, out.-nov. 2009, ano XI, n. 12, p. 61.

¹⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal**: parte especial. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 281.

¹⁵² GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 621.

vítima para a exclusão da ilicitude, devido à incapacidade do sujeito passivo e à indisponibilidade do bem jurídico tutelado.

O tipo subjetivo encontra seu fundamento no dolo, que requer a vontade consciente de subtrair o menor ou o interdito de quem detenha a sua guarda. Consuma-se o delito com a retirada do menor da convivência de quem a lei ou a autoridade judicial tenha outorgado a guarda. Em se tratando da tutela de um bem jurídico indisponível, dá-se a conclusão de que a ação penal é pública incondicionada e a competência para seu processo e julgamento é do Juizado Especial Criminal, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

Luiz Regis Prado¹⁵³ chama atenção para o fato de

[...] que não incorre no delito em exame, mas, sim, eventualmente, naquele inculcado no artigo 359 (desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito), o cônjuge separado judicialmente que subtrai o filho menor daquele que o tem sob sua guarda em virtude de ordem judicial.

Válido também anotar que pode ocorrer a extinção da punibilidade pelo perdão judicial, tratando-se de direito subjetivo do réu, caso aconteça a restituição do menor ou interdito, ou se não houve a imposição de maus-tratos ou privações.

Anote-se a reprodução literal do artigo 249 do Código Penal quando da produção do artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da subtração, porém motivada pelo fim de colocação da criança em lar substituto.

Nitidamente, algumas semelhanças entre a figura delitiva da subtração de incapazes do artigo 249 do Código Penal e o artigo 3º da Convenção de Haia de 1980 são percebidas. Num primeiro instante, o resguardo ao direito à convivência familiar regular e harmônica através do respeito ao direito de guarda se faz presente nas duas figuras típicas retromencionadas. No entanto, os requisitos da parentalidade e da internacionalidade só pertencem à conduta descrita na Convenção.

A subtração consignada na Convenção de Haia é elucidada por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco¹⁵⁴ nos seguintes termos:

[...] entende-se por subtração, à luz da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças, tanto a retirada de uma criança do poder de quem exercia a sua guarda, tenha essa guarda sido determinada por lei *ipso facto* ou decisão judicial ou administrativa, como a não devolução da criança ao poder de quem de direito, após um período no qual a criança exercia o seu direito de visitar e ser visitada por seu genitor,

¹⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 784.

¹⁵⁴ MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 463.

criando-se, inclusive, mecanismo de cooperação judiciária internacional que visa ser mecanismo concomitante de acesso aos poderes públicos do Estado envolvido no pedido de busca e apreensão de menores sob sua jurisdição.

Todavia, guardadas as devidas semelhanças, elucide-se que não há a regulamentação dos aspectos criminais da Convenção. Essa trata de subtração de criança em que o agente é sempre um parente – seja pai, mãe ou qualquer outro parente próximo – e a questão aqui se resolve no âmbito civil, com o retorno da criança à sua residência habitual.

De outro lado, na subtração de incapazes, como visto, há a criminalização da conduta, inclusive com a imposição de pena de dois meses a dois anos de detenção, e não necessariamente a subtração ocorre numa relação parental. O que não se pode negar é que há um forte ponto de contato entre as condutas apresentadas no que diz respeito ao direito à convivência familiar através da manutenção do direito de guarda.

O artigo 9º, inciso I, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança assim regulamenta¹⁵⁵:

[...] os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.

Em seguida, a Constituição Federal, em seu artigo 227, assegura a convivência familiar como um direito fundamental inerente a toda a criança e adolescente, normatizado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 e seguintes.

Entendida como direito fundamental, a questão da convivência familiar se torna essencial para conferir dignidade, porquanto funcionam tais direitos como informadores da atuação estatal, bem como garantidores de posições conferidas pelo ordenamento jurídico, pontualmente pela Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, como a própria nomenclatura aponta, são aqueles sem os quais o indivíduo não seria capaz de sobreviver em sociedade. Tais direitos são imprescindíveis, pois garantidores da dignidade da pessoa humana, uma vez que funcionam como parâmetros para conferir a igualdade nas relações jurídicas.

Para Daniel Sarmento¹⁵⁶,

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 895.

¹⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 269.

[...] os direitos fundamentais incorporam uma relevante dimensão moral à ordem jurídica, exigindo do Estado e da sociedade em geral a adoção de um tratamento digno em relação a cada pessoa humana. A gramática dos direitos fundamentais, com fundas raízes na ordem constitucional brasileira, baseia-se na idéia de que todos devem ser tratados como seres livres e iguais, e de que o Estado e a ordem jurídica devem ser estruturados de forma a respeitar e a promover este inarredável imperativo ético.

Vislumbra-se a importância e a necessidade dos direitos fundamentais a fim de conferir, aos atores da relação familiar, as premissas fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a liberdade e a dignidade. No tocante à criança, o que se busca é evitar um dano irreparável à sua estrutura mental quando esta se vê privada da possibilidade de conviver harmoniosamente no seio da sua família, já que se trata de direito subjetivo fundamental que lhe assiste.

Nessa acepção, Silvia Faber Torres¹⁵⁷ contextualiza a atuação dos direitos fundamentais, atribuindo-lhes consequência e demarcando os efeitos gerados para o seu titular, através da “teoria do *status*”, explicada da seguinte forma:

[...] o *status negativus* dos direitos fundamentais imprime-lhes uma característica defensiva a ponto de fazê-los reconhecerem-se como “direitos negativos” ou “direitos de defesa”. Ele significa, essencialmente, o poder de autodeterminação do indivíduo, vale dizer, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado, que teria, nessa dimensão, o dever de abstenção, mantendo-se, pois, afastado da esfera de liberdade individual.

Por seu turno, o “*status positivo*” se reveste da característica de “proteção da esfera de segurança jurídica do indivíduo e, de forma também intensa, na garantia do mínimo existencial”¹⁵⁸.

Dessa forma, é direito subjetivo fundamental de qualquer cidadão exigir prestações do Estado, devendo este garantir condições mínimas de sobrevivência ao ser humano, como também exigir tais prestações de particulares, haja vista serem estas asseguradas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. É também direito subjetivo fundamental a autodeterminação individual, ou seja, a liberdade da pessoa exercida como lhe aprouver, desde que limitada pela lei.

¹⁵⁷ TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: breves considerações e críticas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 772.

¹⁵⁸ TORRES, Silvia Faber. Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: breves considerações e críticas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 776.

De forma conclusiva, o que se torna claro é o fato de que a manutenção da dignidade humana é condição essencial nas relações familiares. Portanto, da comparação realizada entre a Convenção de Haia de 1980 e os dispositivos do Código Penal anteriormente estudados, apesar de não haver a compatibilidade de condutas, o que se pode perceber é que a liberdade, a dignidade e a convivência familiar são condições primeiras ao desenvolvimento sadio e regular de qualquer criança. Como visto, são essas prestações devidas pelo Estado, podendo os seus titulares exigir seu efetivo cumprimento.

Sendo a dignidade da pessoa humana ponto importante a ser defendido, cumpre anotar o pensamento de Ana Paula de Barcellos: “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”¹⁵⁹.

Deve-se atentar para o fato de que as novas configurações sociais oriundas do processo de globalização permitem o surgimento de novas perspectivas no campo jurídico, o que enseja a produção de normas a fim de juridicizar tais fatos sociais. Ainda devem ser contempladas as possibilidades de existência de normas assegurando direitos e garantias, que não obstante deixam de ser observadas. Num e noutro caso, a dignidade da pessoa humana como bem jurídico fundamental resta desrespeitada. Situação mais gravosa porquanto se trata de uma categoria que merece uma atenção diferenciada: as crianças.

É nesse conceito de proteção aos direitos das crianças, principalmente no que concerne à regra internacional da Convenção de Haia sobre aspectos civis do subtração internacional de crianças, possibilitando-lhes um desenvolvimento moral, intelectual e espiritual digno, que prosseguirá o presente trabalho, com a observância da cooperação jurídica para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil, analisando seu cumprimento e elaborando proposições para o alcance do seu objetivo: proporcionar o melhor interesse da criança por meio da convivência familiar.

¹⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 128.

3 Da cooperação jurídica internacional na aplicação da Convenção de Haia de 1980

Como já evidenciado, a Convenção de Haia de 1980, que trata da subtração internacional de crianças, tem por objetivo combater a transferência ou a retenção ilícita de crianças em país diverso daquele da sua residência habitual. A proteção conferida no texto da Convenção tem por finalidade assegurar o direito à convivência familiar, que encontra proteção internacional de forma explícita na Declaração dos Direitos do Homem, no Pacto de San José da Costa Rica, bem como no âmbito interno, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente também asseguram tal direito como fundamental, ante a sua relevância para o desenvolvimento da personalidade dos infantes.

O fim pretendido pela Convenção com a proteção da convivência familiar é evitar os danos oriundos do afastamento da criança do lar onde habitualmente reside, conforme explicitado na doutrina de Natalia Martins, para quem tal subtração provoca danos de grande proporção, tanto para o genitor abandonado, denominado de *left-behind parent*, como para a criança, que ao ser privada do contato com o outro genitor, vê-se distante do seu ambiente sociofamiliar, sendo transferida para outro país e, na maioria dos casos, obrigada a conviver numa cultura com a qual não possui laços. “Tais diferenças, somadas à distância física geralmente envolvida, podem tornar a localização (e restituição) de crianças internacionalmente subtraídas complexa e problemática”¹⁶⁰.

A Convenção de Haia impõe para os Estados signatários o dever de restituir a criança subtraída. A presente obrigação proporciona como primeira etapa a utilização da cooperação jurídica entre os Estados. O Brasil, como signatário da Convenção de Haia de 1980 e da Convenção Interamericana sobre a Restituição de Menores (Montevideú, 1989), reconhece que as questões relativas à guarda e ao direito de visita às crianças que foram subtraídas por um dos seus genitores devem ser resolvidas no país de origem, onde a criança tem residência habitual. Ambas as Convenções estão voltadas para harmonizar as regras jurídicas entre países, operacionalizando instrumentos legais supranacionais.

A Convenção de Haia de 1980 teve como objetivo estabelecer a competência do juízo da residência habitual da criança para o julgamento das questões relativas ao direito de guarda. Trata-se de um acordo internacional de cooperação jurídica entre autoridades centrais

¹⁶⁰ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 48.

dos Estados Partes visando à devolução imediata, para que aconteça de forma célere o retorno da criança removida ilegalmente da sua residência habitual.

Para tanto, o artigo 2º da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças prevê que: “Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas convenientes que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para o efeito, deverão recorrer a procedimentos de urgência”¹⁶¹.

Nessa perspectiva, o texto da Convenção determina a criação de leis internas que estabeleçam procedimentos e órgãos capazes de instrumentalizar no território brasileiro os ditames do texto normativo internacional, em busca de sua efetivação. A lição de Zavascki aponta soluções para a cooperação jurídica internacional, que deve ser observada sob um novo prisma, estabelecendo novo padrão através de instrumentos adaptados às exigências das novas realidades, que passam a conviver com os instrumentos tradicionais, com o fito de observar de forma efetivas as normas de direito internacional público¹⁶².

Em atenção aos novos mecanismos, surge a Autoridade Central para o desenvolvimento da cooperação jurídica internacional, representada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, órgão responsável pela implementação das políticas e ações necessárias ao fomento da Convenção de Haia de 1980, sobre os aspectos cíveis do subtração internacional de crianças; da Convenção Interamericana de 1989, sobre a restituição internacional de menores; e da Convenção de Haia de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional.

A Secretaria Especial de Direitos Humanos, segundo explanação de Carla Liguori e Denise Vital e Silva¹⁶³,

em pedidos de cooperação internacional ativa ou passiva, busca atuar de forma célere e eficaz no processamento de demandas judiciais, evitando-se falhas de comunicação, bem como fazendo respeitar pressupostos processuais gerais e específicos cabíveis aos casos concretos. Ato contínuo ao prévio juízo de admissibilidade, o órgão recebe e transmite os pedidos de cooperação jurídica internacional, em verdadeira expressão de relações diplomáticas.

¹⁶¹ CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. Disponível em: <<http://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7ebd.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de *exequatur*. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, v. 35, n. 183, mai. 2010. p. 9.

¹⁶³ LIGUORI, Carla; SILVA, Denise Vital e. In: LORENCINI, Bruno César. **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: LiberArs, 2018, p. 16

Assim, cabe demonstrar de forma pormenorizada, nos tópicos seguintes, os procedimentos administrativo e judicial da aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil, para o alcance da proteção dos direitos fundamentais das crianças.

3.1 Os procedimentos administrativo e judicial de aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil

Antes de abordar os procedimentos administrativo e judicial, cabe esclarecer que a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças é classificada como norma-quadro de cooperação jurídica internacional, já que estabelece obrigações recíprocas entre os Estados signatários.

Determina a Convenção, conforme já fora citado, que o local de residência habitual da criança é o foro competente para a discussão sobre o direito de guarda. Reforça o objetivo e o tipo deste instrumento internacional, que visa tão somente restabelecer, dentro de parâmetros legais prefixados, os vínculos familiares rompidos em decorrência do ato unilateral de qualquer dos pais. Assim, a Convenção visa à proteção do melhor interesse da criança, considerando a promoção da sua dignidade e assegurando-lhe o direito à convivência familiar como direito humano. Para tal fim, estabelece em seu artigo terceiro o dever de cooperação entre os Estados-partes para a promoção da restituição da criança subtraída ao país de sua residência habitual.

A discussão sobre a cooperação jurídica internacional é definida nos seguintes termos e em sentido amplo como “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado”¹⁶⁴.

Diante da importância do tema, haja vista os fenômenos trazidos pela globalização, o que também acarreta o aumento no volume das demandas, há uma clara preocupação com os mecanismos para a efetivação da cooperação jurídica internacional, daí que atualmente se discutem, de forma ampla, medidas de cunho legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

Considerando a importância da globalização para o surgimento e o aumento de casos relativos à subtração e retenção ilícita de crianças, vale anotar a opinião de Juliete Marie Fernandes, que vislumbra modificações no perfil das famílias, influenciado pelo fenômeno migratório de ordem econômica, demográfica e política. Isso ocasiona o deslocamento de crianças, por vezes em condição de subtração, o que exige soluções intermediadas pelos

¹⁶⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. Cooperação Jurídica Internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **O Direito Internacional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 797-810.

tratados internacionais, ante a ausência de um direito de família unificado. Deve a solução ser viabilizada por meio da cooperação administrativa internacional¹⁶⁵.

A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional é tema debatido pela doutrinadora Nádia de Araújo, pontuado da seguinte forma: “como pano de fundo da cooperação jurídica internacional, está presente a questão do respeito aos direitos humanos e dos direitos fundamentais do indivíduo, ponto axial de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente depois da proeminência que lhe foi dada pela Constituição de 1988”¹⁶⁶.

Ainda segundo a autora, “a cooperação jurídica internacional é mecanismo pelo qual as autoridades competentes dos Estados prestam auxílio recíproco para executar em seu país atos processuais que pertencem a processos que acontecem no estrangeiro”¹⁶⁷.

Para Haroldo Valladão, “a cooperação internacional, hoje mais do que nunca, é um imperativo da vida humana, e a cooperação interjudicial dos Estados é uma necessidade indeclinável”¹⁶⁸.

No Brasil, a cooperação jurídica internacional se dá com a observância das condições estabelecidas no Código de Processo Civil, haja vista a ausência de norma específica para regulamentar a matéria. É o tema tratado também na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça e regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

As condições impostas pelo artigo 26 do Código de Processo Civil para a cooperação jurídica internacional determinam o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; existência de autoridade central para

¹⁶⁵ FERNANDES, Juliette Marie Marguerite Robichez. A aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras. **Ciente-Fico.com** (impresso), v. 1, 2013. p. 13, 28-40. Disponível em: <<http://revistacientefico.devrybrasil.edu.br/cientefico/article/view/52/48>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

¹⁶⁶ ARAÚJO, Nádia de. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: matéria civil. 1. ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça/Ministério da Justiça, 2008. p. 39.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Nádia de. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: matéria civil. 1. ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça/Ministério da Justiça, 2008. p. 41.

¹⁶⁸ VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. v. III (Parte Especial: conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas, processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesiásticas). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 172.

recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; e espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras¹⁶⁹.

A cooperação jurídica internacional em sua forma tradicional se operacionaliza por meio das cartas rogatórias e do reconhecimento e da execução de sentenças estrangeiras. Modernamente, utiliza-se o auxílio direto e a prestação de informações acerca do direito estrangeiro, institutos que permitem a cognição plena; sua competência é atribuída ao juiz de primeira instância.

Por força do artigo 27, inciso I, do Código de Processo Civil, são objetos da cooperação jurídica internacional a citação, a intimação e a notificação judicial e extrajudicial; a colheita de provas e a obtenção de informações; a homologação e o cumprimento de decisão; a concessão de medida judicial de urgência; a assistência jurídica internacional e qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira. Vale ressaltar que os instrumentos de cooperação jurídica internacional são utilizados tanto para a cooperação no âmbito cível quanto no penal.

Quanto à classificação, a cooperação é tida como ativa quando o requerente é o órgão brasileiro; ou passiva, quando o Estado brasileiro é o requerido. De competência do Superior Tribunal de Justiça a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, onde se processam as cartas rogatórias e os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras. Quando na ausência de designação específica, caberá ao Ministério da Justiça exercer as funções de Autoridade Central no Brasil, conforme os ditames do artigo 26, § 4º, do Código de Processo Civil.

As vedações à cooperação jurídica internacional aparecem na lição de Valério Mazzuoli como a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, a teor do artigo 26, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil brasileiro. Afirma o autor que todos os atos que pretendam cumprimento extraterritorial devem estar de acordo com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, bem como com as normas oriundas de tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, já que são esses os parâmetros para o cumprimento da cooperação internacional e para a garantia da aplicação do Direito Internacional Privado de forma equânime e em consonância com os direitos humanos¹⁷⁰.

De forma geral, os procedimentos para a viabilização da cooperação jurídica internacional com outros Estados ou Organizações Internacionais são operacionalizados pela

¹⁶⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 255.

¹⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 255.

Autoridade Central. No Brasil, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ), desempenha tal função, conforme artigo 12, Anexo I, do Decreto nº 9.360, de 7 de maio de 2018.

A Autoridade Central atua de forma abrangente como órgão centralizador das questões ligadas ao subtração internacional de crianças, cabendo-lhe receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar os pedidos de cooperação, realizando sobre estes o juízo preliminar de admissibilidade, levando em conta a legislação nacional e os tratados vigentes, bem como normativos, e as práticas de costumes nacionais e internacionais. Compete-lhe ainda buscar permanentemente a melhoria da compreensão, buscando torná-la mais célere e efetiva”¹⁷¹.

Para a aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças, o auxílio direto é o meio de cooperação jurídica internacional utilizado, estabelecendo que a Autoridade Central de cada Estado contratante se encarregará de cumprir as obrigações designadas pela Convenção.

A Convenção determina ainda em seu artigo 7º que as Autoridades Centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, com o objetivo de fazer as crianças retornarem de forma imediata, bem como efetivar os demais objetivos.

Entre as medidas que as Autoridades Centrais deverão tomar estão inclusas: localizar a criança que foi transferida ou retida de forma ilícita; adotar medidas preventivas para evitar danos à criança ou prejuízos às partes interessadas; intervir para que seja realizada a entrega voluntária da criança, ou facilitar a adoção de solução amigável; intercâmbio de informações sobre a situação social da criança; fornecimento de informações sobre a legislação do Estado-Membro para viabilizar a aplicação da Convenção; iniciar ou favorecer a abertura do processo judicial/administrativo, visando ao retorno da criança e ao exercício da visita; realizar procedimentos que favoreçam a obtenção de assistência judiciária e jurídica; assegurar o retorno da criança; manter-se informado sobre o funcionamento da Convenção; eliminar obstáculos que possam prejudicar a aplicação dessas normas.

Caracterizada a Subtração Internacional de Crianças, algumas medidas de ordem administrativa e judicial serão tomadas pela Autoridade Central, conforme já delineado e consoante dispõe o art. 7º da Convenção de Haia. Inicialmente, a busca de solução amigável

¹⁷¹ BRASIL. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: matéria civil. Brasília: Ministério da Justiça/Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça, 2008. p. 11.

para o retorno da criança deve ser prioritária, evitando a instauração do contencioso administrativo ou judicial.

Após o recebimento do pedido de cooperação jurídica internacional pelo Estado brasileiro, verificada a presença dos requisitos administrativos para a sua admissão, a Autoridade Central busca a solução da controvérsia de forma amigável, através do envio de notificação administrativa ao genitor que tenha subtraído a criança da sua residência habitual e a mantém no Brasil¹⁷².

O Manual de Boas Práticas da Convenção de Haia de 1980 apresenta as vantagens que podem ser alcançadas quando ocorre o retorno voluntário da criança ao Estado de sua residência habitual, ocasionado pela mediação. Isso provocará dano mínimo à criança; maior possibilidade de uma solução adequada para a situação de abdução, com perspectivas de definição do direito de visita pelo juiz natural; redução dos custos com profissionais etc.

Vislumbra-se que através da mediação o conceito de Justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido por meio de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação, a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção da solução de forma consensual e, tanto pela forma como pelo resultado, encontram-se satisfeitas.

Observa-se a clara opção pela inclusão da mediação para a solução das demandas de subtração internacional de crianças pelas Autoridades Centrais, sendo a negociação conduzida por um terceiro imparcial, mediante a incorporação de técnicas e processos autocompositivos inseridos no sistema processual como meio de realizar efetivamente os interesses das partes¹⁷³.

Especificamente, quanto à lide a ser solucionada por meio da Convenção de Haia de 1980, observa-se que a técnica da mediação ganha contornos próprios, pois possui como atores principais, segundo conclusão de Dan Rodrigues Levy¹⁷⁴,

casais ou genitores que possuem diferentes origens, culturas, línguas, e que, em algum momento da vida, separam-se e passam a viver em diferentes países, devendo solucionar controvérsias relativas à guarda e direito de visitas da prole, por exemplo. A esse modelo alternativo denomina-se de Mediação Familiar Transfronteiriça Internacional.

¹⁷² BRASIL, Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. **Combate à Subtração Internacional de Crianças**: a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças. Brasília: AGU/PGU, 2011. p. 8.

¹⁷³ AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**: Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), 2009. p. 21.

¹⁷⁴ LEVY, Dan Rodrigues. **A Mediação Familiar Transfronteiriça como meio alternativo para solução de conflitos oriundos da prática de subtração internacional interparental de menores**. In *A Subtração Internacional de Crianças e sua tutela no Brasil*. São Paulo, LiberArs, 2018, p.57.

A mediação familiar transfronteiriça ou internacional, segundo Antônio José Fialho, traduz-se na resolução de conflitos familiares onde se fazem presentes elementos estrangeiros como a nacionalidade, língua, país de residência, cultura, sistema ou ordenamentos jurídicos. O mediador familiar atua cooperando com os demais profissionais envolvidos no conflito, assistindo as partes com a finalidade do acordo de forma voluntária e mutuamente aceito, resolvendo os assuntos familiares em litígio e satisfazendo os seus interesses e os das crianças que estejam envolvidas¹⁷⁵.

Resta assim à Autoridade Central, por meio da cooperação jurídica internacional, provocada pela Autoridade Central de outro país ou por interesse particular, iniciar as medidas a fim de instaurar os procedimentos necessários para que se dê cumprimento às normas convencionais, entre as quais a que prevê o retorno da criança ao Estado da sua residência habitual¹⁷⁶.

Caso não seja possível o retorno voluntário através do processo de mediação, deve a Autoridade Central encaminhar a demanda à Advocacia-Geral da União (AGU), para que se realize a análise jurídica e a possível ação judicial. Cabe ainda à Autoridade Central acompanhar o processo, promovendo ou auxiliando nas providências do retorno e em eventuais questões de ordem administrativa e financeira.

Neste mesmo sentido pontuam Gianfranco Andréa e Wagner Gundim: não havendo êxito pela via administrativa, o passo seguinte é o ajuizamento da demanda visando à devolução da criança ao seu país de residência habitual. Estão legitimados tanto os órgãos públicos por determinação da Autoridade Central quanto o próprio requerente, desde que haja transcorrido período inferior a um ano entre a data da transferência ou retenção indevida da criança e a data de início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado de refúgio. Deve a autoridade respectiva ordenar o retorno imediato da criança, salvo se já estiver adaptada¹⁷⁷.

Resta nítido que a devolução da criança que tenha sido transferida ou retida

¹⁷⁵ FIALHO, Antônio José (Coord.). **A Mediação nos Conflitos Familiares Transfronteiriços**. Coleção Caderno Especial. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 18. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_MediaçãoConflitosTrans.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2019.

¹⁷⁶ BRASIL. **Combate à Subtração Internacional de Crianças**: a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças. Brasília: Advocacia-Geral da União (AGU)/Procuradoria-Geral da União (PGU), 2011. p. 6.

¹⁷⁷ ANDRÉA, Gianfranco Faggini Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. Uniformização de procedimentos judiciais relativos aos aspectos cíveis sobre o subtração internacional de crianças como medida de efetivação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil. In: LORENCINI, Bruno César (Org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: LiberArs, 2018. p. 69.

ilicitamente deve ser imediata, a exigir celeridade no julgamento e resolução do retorno da criança para o país de sua residência habitual. Sendo este o foro próprio para a discussão sobre a questão da guarda, deve o Judiciário brasileiro ater-se à devolução ou não da criança, pois que em decidindo sobre a guarda, estará descumprindo o que preconiza a Convenção de Haia sobre a subtração internacional de crianças.

A incompetência adiante demonstrada encontra arrimo nos artigos 16 e 17 da Convenção, *in verbis*:

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 Convenção¹⁷⁸.

Artigo 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 Convenção¹⁷⁹.

A Advocacia-Geral da União apresenta-se como a representação processual da União Federal nas demandas judiciais de seu interesse, em virtude da obrigação assumida pelo Estado Brasileiro para com o tratado relativo à subtração de crianças. No mais, como a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República não dispõe de personalidade jurídica, compete à União representá-la em juízo.

Dessa forma, a Advocacia da União, na condição de pessoa jurídica de direito público interno, representa o Estado brasileiro no cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratados e convenções internacionais. Deve envidar esforços para o retorno imediato da criança vítima de subtração por um dos genitores, haja vista a sua legitimidade e interesse jurídico para promover a ação por meio de medida cautelar de busca e apreensão, conforme o Código de Processo Civil brasileiro.

Nos moldes do artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União é a

¹⁷⁸ BRASIL. **Convenção de Haia Comentada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaohaiaconteudotextual/anexo/textodaconvencao.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

¹⁷⁹ BRASIL. **Convenção de Haia Comentada**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaohaiaconteudotextual/anexo/textodaconvencao.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

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.

Da leitura do dispositivo constitucional e a partir da lição de Paulo Dantas¹⁸⁰, observa-se que

[...] a Advocacia-Geral da União representa judicial e extrajudicialmente a pessoa política União, e não apenas o Poder Executivo. Como consequência disso, a representação judicial e extrajudicial, quando necessária, será exercida por todos os órgãos e entidades vinculadas à União, inclusive do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

A partir da situação de insucesso do retorno consensual da criança, inicia-se uma sequência de atos jurídicos definidos pela Convenção e que tem seu percurso iniciado, no caso brasileiro, na Advocacia-Geral da União. A título de definição, na petição inicial são definidas as partes; a União (AGU) atua como autor ou requerente. A pessoa responsável pela remoção ou retenção ilícita da criança é identificada como ré. A criança não é parte nesse processo porque se situa como sujeito da ação jurisdicional de busca e apreensão. A título de registro, o Manual de Aplicação de Haia de 1980 informa que a criança é registrada como “interessado”, e jamais como autora ou ré.

Permanecerá a Advocacia-Geral da União em constante contato com a Autoridade Central brasileira quando da condução da ação judicial, a fim de cientificá-la de todo o trâmite processual. Nos casos de subtração internacional de crianças, a AGU atua em interesse próprio, atendendo a interesse de natureza pública que se traduz no cumprimento da obrigação assumida pelo Brasil na Convenção de Haia de 1980.

Pelas razões expostas, a competência para julgar as ações que versem sobre a subtração internacional de crianças cabe à Justiça Federal, conforme os artigos 109, I e III, da Constituição Federal. Fica o Poder Judiciário brasileiro adstrito à devolução da criança e impossibilitado de discutir sobre o fundo de direito da guarda, sendo competente para tanto o país de residência habitual da criança.

Depois de realizada a verificação da admissibilidade da aplicação do tratado, o Poder Judiciário brasileiro analisa a presença ou não da ilicitude na transferência ou retenção, sendo possível a conclusão após averiguar quem é o detentor do direito de guarda para fins da Convenção e se a permanência da criança no Brasil foi ou não autorizada.

¹⁸⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 682.

A aplicação da Convenção se dá com a configuração da transferência e/ou a retenção ilícita da criança, bem como com a certeza da titularidade do direito de guarda, conforme preconiza a Convenção. Deve, a partir de então, ser aplicada a Convenção de Haia de 1980 ao caso concreto. Ao magistrado nacional é permitido o amplo conhecimento do pedido objeto de cooperação, podendo decidir sobre a ocorrência da ilicitude da transferência ou retenção de criança.

Por seu turno, a medida judicial competente é uma medida cautelar de busca e apreensão, sendo necessário considerar que o pedido está restrito à busca e apreensão da criança e a sua restituição à pessoa que está postulando, e que se deve verificar a necessidade de existir prova pré-constituída suficiente para que o juiz possa examinar cautelarmente o pedido.

Nesse contexto, a petição inicial pode ser indeferida caso aconteça a falta de prova pré-constituída, ante a necessidade do processo cautelar de conter mais elementos. Em relação aos documentos, a petição inicial deve ser guarnecida da prova que detém o direito de guarda ou de visita; e da prova de que houve remoção ou retenção indevida da residência habitual.

Em relação aos requisitos substantivos de processamento, deve-se considerar que se aplica o procedimento cautelar, que objetiva a restituição com o tempo máximo de seis semanas, de acordo com o artigo 11 da Convenção de Haia de 1980. A idade limite para a aplicabilidade sobre os sujeitos de restituição cessa quando a criança atingir 16 anos; ultrapassado esse limite, o processo deixa de ser de competência do juiz federal para decidir com fundamento na Convenção de Haia de 1980, porquanto ausentes os critérios estabelecidos por este instrumento internacional.

Duas situações promovem a legitimação ativa da Advocacia-Geral da União para a medida cautelar de busca e apreensão de criança com fundamento no texto da Convenção em destaque: “quando há o auxílio por meio da Autoridade Central, com intervenção judicial pela União; e quando o interessado atua por conta própria”¹⁸¹.

Para a medida cautelar de busca e apreensão de criança, os atos da Justiça convergem na identificação da pessoa que detém o controle parental efetivo, objetivo, fático, sobre a criança sujeito da restituição.

Como já demonstrado em capítulo anterior, a Convenção também carrega em seu bojo dispositivo, artigos que tratam das exceções que legitimam a não devolução da criança ao seu

¹⁸¹ BRASIL. **Combate à Subtração Internacional de Crianças**: a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças. Brasília: Advocacia-Geral da União (AGU)/Procuradoria-Geral da União (PGU), 2011.

país de residência habitual. A oposição ao retorno da criança deve ser fundamentada nos seguintes requisitos: a) o responsável pela criança em seu país de residência habitual não exercia efetivamente o seu direito de guarda na época da transferência ou retenção; b) existe o risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou ainda, de ficar em situação intolerável; c) a própria criança se opõe ao retorno, levando-se em consideração as suas opiniões sobre o assunto, caso já tenha atingido idade e grau de maturidade suficientes para tanto; d) o retorno da criança não seria compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Com a demonstração dos procedimentos administrativo e judicial para a aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil, bem como as hipóteses de exceção ao retorno da criança subtraída ou retida ilicitamente, cumpre analisar de forma mais detida os instrumentos de cooperação para a efetividade da citada Convenção diante do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1 Da cooperação jurídica internacional no Código de Processo Civil brasileiro

Considerando que a Convenção de Haia de 1980 instrumentalizou um sistema de cooperação internacional, incluindo o viés processual, visando à atuação permanente das Autoridades Centrais a fim de solucionar os casos de abdução transfronteiriça de crianças, faz-se pertinente a demonstração da atuação dos atores nacionais, a permitir uma visão contemporânea do sistema jurídico-normativo brasileiro e a discussão sobre a necessidade da uniformização dos procedimentos judiciais pertinentes aos aspectos civis sobre a subtração internacional de crianças como meio para a efetivação da Convenção.

Tratando da cooperação processual, Natalia Martins observa que as Autoridades Centrais de cada Estado cumprem papel primordial na proteção das crianças vítimas de subtração internacional, atuando desde o procedimento para a localização, como também na mediação para um retorno voluntário, nas providências administrativas para a efetivação da restituição e nas questões referentes ao direito de acesso, tratando-se das visitas à criança¹⁸².

Em busca da promoção dos direitos fundamentais das crianças, a cooperação deve ser avaliada como meio garantidor da convivência familiar e fator de desestímulo para a

¹⁸² MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013, p. 54.

concretização da subtração aqui estudada, assim como forma de obediência pelo Brasil ao regime internacional de cooperação, com o conseqüente respeito à Convenção de Haia de 1980 e seus objetivos internacionalmente pactuados.

Com a intenção de realizar uma análise da cooperação jurídica internacional a partir do Direito Internacional Privado no Brasil no século XXI, André Ramos diz ser um desafio para que não se possa “naufragar no mar turbulento das alegações de violações de direitos tais quais interpretados pela *lex fori*” – tanto no caso do direito internacional privado no Brasil, quanto na cooperação jurídica internacional, pois há o risco da defesa “de denegação da cooperação pretendida sob a alegação de violação de direitos tais como interpretados internamente”. Acrescenta que o direito internacional privado serve como palco de um “cenário de conflitos” para várias questões presentes no mundo contemporâneo¹⁸³.

Em termos conceituais, a cooperação internacional “consiste no conjunto de regras internacionais e nacionais que regem atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça”¹⁸⁴.

Corroborando o pensamento de André Ramos, Nádia de Araújo ressalta que a cooperação jurídica internacional “significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado”. Para a autora, tal situação se dá porque o Poder Judiciário se encontra limitado territorialmente em sua jurisdição, determinado pela soberania do Estado, e por tal, solicita o auxílio ao Poder Judiciário de outro Estado¹⁸⁵.

A colaboração ocorre através das atividades de solicitação e cumprimento de medidas extrajudiciais e judiciais. Envolve o auxílio para o cumprimento de medidas pré-processuais, de desenvolvimento regular de um processo e da respectiva execução.

As cartas rogatórias e o sistema de reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros são reconhecidos como formas de cooperação internacional clássica, conforme pontuado, e são mecanismos utilizados na legislação processual civil de diversos países, e também para as situações que impliquem acordos regionais e multilaterais. Destinam-se ao cumprimento de diversos atos, como citação e notificação, denominados ordnatórios; de

¹⁸³ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 621.

¹⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 621.

¹⁸⁵ ARAÚJO, Nádia. **A Importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/arquivos/manual_coop_penal.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

coleta de prova, chamados instrutórios; e ainda os que contêm medidas de caráter restritivo, que são enviados em cartas rogatórias, mas cujo caráter é executório. O pedido de homologação de sentença ou de laudo arbitral serve para o reconhecimento e a posterior execução de provimento jurisdicional de autoridade estrangeira.

No entanto, faz-se necessária a elaboração de normas especiais que garantam o trânsito dos atos processuais e jurisdicionais de forma célere e eficaz. Os Estados se obrigam a cumprir o acordo de cooperação internacional para que se possa efetivar o pleno funcionamento da Justiça. Dessa forma, “há uma preocupação do esforço codificador internacional em encontrar soluções uniformes, no plano global – por meio de convenções internacionais, multilaterais, bilaterais ou oriundas de processos de integração”¹⁸⁶.

Comumente a cooperação acontece entre Estados, porém pode ocorrer entre Estado e organizações internacionais; nesse caso, é denominada de cooperação jurídica internacional vertical.

De acordo com Ramos¹⁸⁷, existem diversas terminologias para designar a cooperação jurídica entre os Estados ou entre Estados e organizações internacionais, assim como para delimitar o alcance do que seria cooperação. O termo apresenta, ainda, diversas expressões em português: “cooperação jurídica internacional”, “cooperação judiciária internacional”, “cooperação judicial internacional”, “assistência mútua internacional” e “cooperação jurisdicional internacional”. Na França, Bélgica e em algumas regiões da Suíça, o termo é “*entraide judiciaire*”. Diferentemente desses países, na Espanha utilizam-se “*cooperación judicial internacional*” e “*asistencia judicial*”.

Nádia de Araújo anota que a expressão “cooperação internacional” ou “cooperação judiciária internacional” não é usada de forma unânime. Informa que Grinover utiliza o termo “cooperação interjurisdicional”; para Barroso, seria “cooperação jurisdicional internacional”; e para Strengé, “cooperação inter-nacional das jurisdições”¹⁸⁸.

Ao alegar que há um consenso no uso da terminologia “cooperação jurídica internacional”, Ramos elenca os principais motivos, destacando que a utilização do termo

¹⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 62.

¹⁸⁷ O termo “cooperação jurídica” também passou a ser utilizado a partir de 2004 pelos órgãos oficiais do Executivo brasileiro, em especial pelo Ministério da Justiça, a partir da Portaria nº 2.199, em 10.08.2004. RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 62.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Nádia. **A Importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/arquivos/manual_coop_penal.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

“judiciária” é restritiva, porquanto exclui os atos extrajudiciais; já o termo “assistência jurídica” designa espécie do gênero “cooperação”, podendo seu uso provocar desordem; o termo “jurisdicional” faz entender a cooperação somente restrita a processos, o que exclui indevidamente as medidas extrajudiciais. Conclui o autor que o termo “cooperação jurídica” apresenta-se apropriado, pois exclui – agora devidamente – a cooperação meramente administrativa”¹⁸⁹.

Para esse autor, a expressão “cooperação jurídica internacional” estabelece as relações entre Estados e entre Estados e organizações internacionais, envolve a realização de atos extrajudiciais, pré-processuais e processuais, e se utiliza de uma estrutura que abarca órgãos jurídicos competentes com atribuição para realizar esses respectivos atos, além do que explicita a internacionalidade no processo de colaboração.

Por sua vez, o termo “cooperação jurídica internacional” fora adotado no Brasil pela doutrina especializada; nos projetos de lei de reforma do Código de Processo Civil; do Código de Processo Penal e pelo Poder Executivo Federal, através do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional¹⁹⁰.

O Código de Processo Civil em vigor no Brasil aborda de forma geral os limites da cooperação judiciária internacional, assim como define os limites da jurisdição brasileira. Dessa forma, em seu artigo 21, estabelece que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

- I - o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
 - II - no Brasil estiver tiver de ser cumprida a obrigação;
 - III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.
- Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Para Silva¹⁹¹, a definição dos limites da jurisdição afirma a soberania do Estado brasileiro em seu território, e por isso são conduzidas as regras do processo pelas autoridades judiciárias brasileiras. Dessa forma, pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras estão sujeitas às decisões da Justiça brasileira, possibilitando àqueles de interesse ajuizar sua demanda no

¹⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan.-dez. 2013. p. 62.

¹⁹⁰ ABADE, Denise. **Análise da Coexistência entre a Carta Rogatória e auxílio direto na Assistência Jurídica Internacional**. Brasília: Ministério Público Federal (MPF)/Secretaria de Cooperação Internacional/Temas de cooperação internacional, 2015.

¹⁹¹ SILVA, José Antônio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo de trabalho**: parte geral, v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

Brasil, em respeito às normas de distribuição de competência (critérios material, funcional e territorial).

A elaboração do regramento de autolimitação da abrangência da jurisdição nacional atende às seguintes perspectivas: “efetividade – a jurisdição nacional não deve abranger hipóteses de impossibilidade ou improbabilidade de se obter o cumprimento de determinada decisão de juiz nacional em território estrangeiro; relevância – a jurisdição nacional não deve abranger casos em que os interessados envolvidos no conflito sejam irrelevantes para o Estado brasileiro; imunidade jurisdicional relativa de Estados estrangeiros – em razão da igualdade entre os Estados (*par in par non habet iudicium*), um Estado não deve julgar por seus tribunais atos de soberania (*ius imperii*) de outro Estado, mas pode julgar atos de gestão (*ius gestionis*), ou seja, atos em que o Estado estrangeiro se equipara a particular, como atos de natureza laboral ou comercial; unilateralidade – é impossível conceder jurisdição a outro Estado ou limitar a jurisdição de outro Estado fora do território nacional; proibição de denegação de justiça – se a demanda não puder ser proposta perante qualquer outra jurisdição estrangeira, ela deverá, em princípio, ser aceita pelo Estado em cujo território devem ser produzidos os efeitos da decisão; autonomia da vontade – quando houver concorrência de jurisdições (dois ou mais Estados se dispõem, unilateralmente, a submeter certa demanda às suas jurisdições), será possível a escolha da jurisdição pelas partes envolvidas, inclusive com a cláusula de eleição de jurisdição”¹⁹².

Apesar da apreciação da demanda pela jurisdição brasileira, não se pode afastar a possibilidade da submissão a Estado estrangeiro de jurisdição concorrente, não havendo que se falar em litispendência como causa de extinção do processo que tramite perante a jurisdição brasileira, já que há extinção tão só com a homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Código de Processo Civil vigente apresenta em seu artigo 24 a conduta sobre litispendência e coisa julgada. Declara que se houver ação proposta por tribunal estrangeiro, isso não caracteriza litispendência, assim como não impede que “a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil”. Observa também em parágrafo único que “a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a

¹⁹² CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 53-54.

homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”¹⁹³.

André Ramos¹⁹⁴ esclarece que, a depender da situação, pode acontecer a proposição de ação na justiça brasileira, assim como no Poder Judiciário de outro país, sem que seja considerada litispendência ou coisa julgada. Para ele, a situação pode ser assim entendida como uma situação lógica, tratando-se a litispendência e a coisa julgada de institutos processuais afetos à mesma jurisdição.

O Código de Processo Civil trata em seu Capítulo II especificamente da cooperação internacional em seus artigos 26 e 27. Sobre o tema, Guilherme Feliciano indica que o conceito instituído nesse novo documento não está relacionado ao “dever de cooperação”. Acrescenta que a cooperação externa diz respeito às ações entre órgãos judiciários com diversas jurisdições ou competências, e se diferencia da cooperação interna, que “acontece entre juízes e terceiros no âmbito de uma mesma relação processual”¹⁹⁵. Desta forma, a cooperação jurídica internacional pode ser compreendida sob o contexto político-jurídico como a forma eleita pelos Estados soberanos de instituição de mecanismos e procedimentos para a solução de situações jurídico-processuais que ultrapassem a jurisdição de origem¹⁹⁶.

Nessa relação há sempre o Estado requerente e um Estado requerido. Quando um Estado formula um pedido de cooperação judiciária, diz-se cooperação internacional ativa; e quando o Estado a recebe, cooperação internacional passiva¹⁹⁷. Nádia de Araújo informa que na cooperação passiva há a necessidade de cumprimento de procedimento prévio perante o Superior Tribunal de Justiça, local de processamento das cartas rogatórias e dos pedidos de homologação de sentença estrangeira¹⁹⁸.

As convenções e tratados internacionais fornecem o respaldo para a cooperação jurídica internacional, determinando os pressupostos e procedimentos que podem se diferenciar de acordo com o estabelecido com o Estado requerente ou requerido. As bases

¹⁹³ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, 2013. p. 621.

¹⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**, v. 108, jan./dez. 2013, p. 621.

¹⁹⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antonio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁹⁶ FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antonio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. **Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo**. v. 108, jan./dez. 2013. p. 621.

¹⁹⁸ ARAÚJO, Nádia. **A Importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**: Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacainternacional/arquivos/manual_coop_penal.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

para o acordo devem obedecer às diretrizes contidas no Código de Processo Civil e na Constituição. Tais fundamentos estão declarados no artigo 26, § 3º, do Código de Processo Civil, que trata a cooperação jurídica internacional sob a seguinte perspectiva:

Não será admitida a prática de atos que contrariem as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, como tampouco se admitirá a prática de quaisquer atos que, se não as contrariassem frontalmente, venham a produzir resultados incompatíveis com aquelas normas fundamentais¹⁹⁹.

As normas fundamentais, conforme exposto no artigo supra, estão fundamentadas nos valores e premissas que legitimam a cooperação internacional, pontuando-se a primeira em razão do respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente. Essa premissa observa que a efetivação das ações do acordo de cooperação internacional está condicionada à garantia do devido processo legal²⁰⁰. O objetivo de tal premissa está voltado para o reconhecimento de que o “*procedural due process*” se integra ao “*ius cogens*” internacional em todos os aspectos do processo.

A segunda premissa aborda a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à Justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados. Nesse aspecto, o art. 5º da Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A terceira razão reside na garantia da publicidade processual, exceto quando houver sigilo judicial estabelecido pelas normas brasileiras ou do Estado estrangeiro. Conforme recomendado pelo Projeto de Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América (art. 2º, VII), há a previsão da existência da autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação internacional. A existência desse ente jurídico objetiva impedir a distribuição das obrigações judiciais da cooperação internacional com outras autoridades jurídicas no Brasil.

Ainda seguindo as recomendações do Projeto Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América, a quinta premissa baseia-se na espontaneidade de transmissão de informações às autoridades estrangeiras. Tal premissa ressalta a relevância da participação de cunho ético do juiz brasileiro com a Justiça dos outros Estados.

Deve-se observar que o Projeto Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Ibero-América tem por finalidade a compilação dos princípios fundamentais e regras gerais

¹⁹⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antonio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

²⁰⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antonio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

inerentes à jurisdição transnacional, que, com as adaptações necessárias a cada Estado, sejam passíveis de aplicação em todos os sistemas jurídicos que consagrem o Estado de Direito, assegurando a efetividade da jurisdição transfronteiriça para atender a demanda de direito público ou de direito privado²⁰¹.

Sendo objeto de preocupação a falta de cumprimento dos tratados internacionais, resultado do obstáculo à efetividade da tutela jurisdicional transnacional, o presente estudo passa a sopesar a cooperação jurídica internacional, suas formas e o alcance de resultados satisfatórios.

3.1.2 Limites materiais da cooperação internacional

Os limites materiais da cooperação jurídica internacional encontram sua regulamentação nos artigos 26, 39, 40 e 41 do Código de Processo Civil brasileiro. Diferentemente do que era disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Resolução do Supremo Tribunal de Justiça nº 9/2005, que exigiam tradução por intérprete autorizado e autenticação, respectivamente, o artigo 41 do Código de Processo Civil passa a considerar autênticos os documentos que objetivem a cooperação jurídica internacional, encaminhados através da autoridade central estrangeira ou por via diplomática.

A dispensa da autenticidade perante os órgãos oficiais, diplomáticos ou consulares, contribuirá para dar celeridade e efetividade aos procedimentos de cooperação jurídica internacional, *“potencializando o princípio da confiança nas relações jurídicas internacionais e eliminando meandros burocráticos anacrônicos que ainda resistiam aos ventos da globalização cultural e da comunidade internacional cooperativa”*²⁰².

No sentido de apontar os limites materiais da cooperação internacional, duas expressões devem ser consideradas como preponderantes para a interpretação do processo de autorização da cooperação internacional. São elas: as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro e a ofensa à ordem pública. Tais expressões se apresentam respectivamente nos artigos 39 e 26, § 3º, do Código de Processo Civil.

De forma literal, o artigo 39 declara que *“o pedido passivo de cooperação jurídica internacional será recusado se configurar manifesta ofensa à ordem pública”*. No artigo 26, § 3º, a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte, e

²⁰¹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da et al. **Revista da SJRJ**: Dossiê Direito Civil e Internacional. n. 25. Rio de Janeiro, 2009, p. 429.

²⁰² FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antônio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo de trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016.

observa que: “Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”²⁰³.

Observa-se que o art. 26, § 3º, não faz referência à ordem pública ou à soberania e aos bons costumes, quando se trata de atos que possam impedir a cooperação jurídica internacional; refere-se às “normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”. A mudança de paradigma não alude aos termos desde há muito utilizados e consagrados pelo Direito brasileiro e privilegia um conceito que até então nunca fora empregado no direito internacional privado ou no direito processual.

A expressão “direitos fundamentais”, agora utilizada a partir da Lei nº 13.105/2015, acha-se inserida no pensamento presente no modelo constitucional. Constitui fundamento para a constitucionalização do direito processual, o que significa que doravante o processo deve ser compreendido a partir dos princípios que regem a Constituição, na busca da efetividade de suas normas fundamentais.

Com base nesse pressuposto, entende-se que toda a jurisprudência consolidada anteriormente, no que diz respeito às restrições materiais à cooperação jurídica internacional, pode e deve ser assimilada sob o Novo Código de Processo Civil, tendo por referência as normas fundamentais – entre as quais, notadamente, os chamados princípios estruturantes.

Para Canotilho, são princípios estruturantes, entre outros, o princípio democrático, o princípio republicano, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania e o princípio pluralista. Todos eles se encontram, de alguma forma, prescritos entre os arts. 1º e 4º da CRFB e as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), inclusive por derivação da dignidade da pessoa humana (fundamento maior da ordem jurídica brasileira, art. 1º, III, CRFB). Frisa a necessidade de que os parâmetros vigentes sejam lidos com o filtro da ordem constitucional instaurada em 5.10.1988²⁰⁴.

Daí se conclui que a expressão “normas fundamentais” pressupõe a necessária interpretação das regras de cooperação jurídica internacional conforme os ditames constitucionais. Nítida a intenção do legislador de que, a partir de então, as normas fundamentais do texto constitucional brasileiro, sendo a dignidade da pessoa humana a norma de relevo e fundamento do ordenamento jurídico, sirvam de paradigma hermenêutico à instrumentalização da cooperação jurídica internacional.

²⁰³ CÂMARA, Helder Moroni. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016. p. 58.

²⁰⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. In: SILVA, José Antonio Ribeiro (Org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo de trabalho**: parte geral. v. 1, arts. 1º ao 317. São Paulo: LTr, 2016. p. 82-83.

Para Flórez-Valdéz²⁰⁵, a temática da dignidade deve ser debatida a partir do respeito à dignidade do ser humano, promovendo

a igualdade de direitos entre todos os homens; a garantia da independência e autonomia do ser humano, de modo a impedir toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, ou atuação que implique a sua degradação; a observância e a proteção dos direitos inalienáveis do homem; e por fim, a não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento do ser e/ou a imposição de condições subumanas de vida.

A partir de então, firma-se o entendimento de que a efetividade da cooperação jurídica internacional só será possível com o reconhecimento da existência de um *standard* normativo no tocante às garantias processuais, observado por meio da interpretação das normas de cooperação, tomando por fundamento a necessária proteção da dignidade da pessoa humana. Resta claro que ao se tratar da efetivação dos instrumentos internacionais de direitos humanos, a cooperação jurídica requer a observância dos ditames consagradores de tais direitos, que encontram seu fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3.1.3 Do auxílio direto: autoridade central e substituição processual

Ainda considerando as formas de cooperação jurídica, cumpre observar que as relações no mundo contemporâneo dão conta das demandas civis ocasionadas pelas facilidades do fluxo e pela permanência de pessoas nos mais diversos países. O Código de Processo Civil trata desse tema e apresenta alguns mecanismos voltados à resolutividade de forma célere e com eficiência da tutela jurisdicional entre as nações-Estados.

Complementam o pensamento acima as ideias de Bechara, apontando que a cooperação direta ocorre nos estritos limites da lei, já que regulada em acordos internacionais bilaterais ou multilaterais, com a observância dos procedimentos constitucionais para a introdução no ordenamento interno²⁰⁶.

Dessa forma, declara o Ministério da Justiça enquanto Autoridade Central brasileira que o auxílio direto serve como a via mais célere à tramitação de processos que implicam a cooperação internacional. Por seu turno, na ausência de designação específica contida em tratados internacionais dos quais o País seja signatário, o Código de Processo Civil previu e regulou ineditamente novos instrumentos de cooperação (como o fez em relação ao auxílio

²⁰⁵ FLÓREZ-VALDÉS, J. A. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 149.

²⁰⁶ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e os desafios da governança: para onde podemos avançar. **Cooperação em Pauta**, n. 40. ISSN 2446-9211.

direto), bem como aperfeiçoou aqueles já existentes (como a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira)²⁰⁷.

O auxílio direto é um mecanismo utilizado entre Estados quando se faz necessária uma providência judicial (ou administrativa) e tem como finalidade instruir ou dar andamento a procedimento que tramita em um dos territórios, requerido por meio de comunicação direta entre as Autoridades Centrais, estabelecido em tratados internacionais. O instituto pode ser definido nos seguintes termos: “é a cooperação efetuada entre autoridades centrais de países-parte de convenções internacionais com previsão para essa modalidade de cooperação”²⁰⁸.

A figura das autoridades centrais surge na Convenção de Haia com a intenção de garantir a proteção dos interesses da criança. A função das autoridades centrais encontra-se bem definida no art. 7º (primeira parte) da Convenção: “cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato da criança e a realizar os demais objetivos da Convenção”²⁰⁹.

No sentido de esclarecer o papel das autoridades centrais, Vladimir Aras afirma que se trata de órgão técnico especializado, de cunho não jurisdicional, encarregado da interlocução internacional no tocante à cooperação jurídica nas searas civil e penal. Centraliza suas atividades com a finalidade de conferir celeridade na tramitação de pedidos de auxílio, suprimindo a intermediação dos ministérios das Relações Exteriores. Em suas atribuições, recebe os pedidos de assistência mútua, atendendo-os caso tenha competência legal, quando se dá a execução direta dos pedidos. Caso não tenha competência legal para tanto, os pedidos serão recebidos e remetidos às autoridades competentes – hipótese da execução indireta²¹⁰.

Historicamente, a figura das autoridades centrais surge na Convenção de Haia de Comunicação de Atos Processuais, em 1965, para servir de suporte centralizador no processo de cooperação internacional, bem como no envio e recebimento das solicitações de cooperação, a fim de realizar o acompanhamento e o controle efetivo.

De acordo com o Ministério da Justiça, no Brasil a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) é responsável pelo cumprimento das obrigações definidas pela Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de

²⁰⁷ BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional e os desafios da governança: para onde podemos avançar. **Cooperação em Pauta**, n. 40. ISSN 2446-9211.

²⁰⁸ PEREIRA, Luciano Meneguetti. **A Cooperação Jurídica Internacional do Novo Código de Processo Civil**, ano XIX, n. 67. Brasília: CEJ, set./dez. 2015. p. 18-34.

²⁰⁹ PEREIRA, Luciano Meneguetti. **A Cooperação Jurídica Internacional do Novo Código de Processo Civil**, ano XIX, n. 67. Brasília: CEJ, set./dez. 2015. p. 18-34.

²¹⁰ ARAS, Vladimir. O papel da Autoridade Central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**, 2010, p. 73-74.

Crianças, pela Convenção Interamericana de 1989 sobre a Restituição Internacional de Menores, e pela Convenção de Haia de 1993 Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

As atribuições da ACAF estão definidas no Decreto nº 9.360, de 7 de maio de 2018, e são exercidas sob a alçada do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A definição de Autoridade Central atribuída pelo Ministério da Justiça informa que se trata de um órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica de um Estado. Sua constituição decorre da assinatura, adesão ou ratificação de um tratado internacional que determine seu estabelecimento. A Autoridade Central detém a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica, podendo, quando necessário, propor e fomentar melhorias no sistema de cooperação e de efetivação de um tratado internacional²¹¹.

A característica principal do trabalho da Autoridade Central é a cooperação internacional de maneira célere e efetiva. É um processo que visa diminuir as etapas no processamento de demandas judiciais tramitadas entre países. As prerrogativas da Autoridade Central lhes confere autonomia para dispensar o uso de mecanismos de cooperação jurídica internacional como a homologação de sentenças estrangeiras ou o uso de carta rogatória. Cabe a ela, também, receber e transmitir os pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo seu país, após a análise de seus requisitos de admissibilidade.

Ainda quanto às atribuições da Autoridade Central, Ricardo Saadi e Camila Bezerra afirmam que se trata de um órgão técnico-especializado com a atribuição de condução da cooperação jurídica que cada Estado exerce com as demais soberanias, sendo também de sua competência, além do recebimento e da transmissão dos pedidos de cooperação jurídica, a análise e a adequação dessas solicitações quanto à legislação estrangeira e ao tratado que a fundamenta²¹².

Pontualmente, quanto à Convenção de Haia de 1980, a Autoridade Central pode atuar de maneiras distintas. Segundo Bruch, as atividades deste órgão englobam o fornecimento de informações e encaminhamentos para os interessados, evitando um sistema burocrático moroso e fazendo com que haja economia de tempo para os pais e advogados na solução das demandas que envolvem a subtração internacional de crianças, com o apoio das organizações

²¹¹ BRASIL. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: Matéria Civil. Brasília: Ministério da Justiça/Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional/Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

²¹² SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. A Autoridade Central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**: cooperação em matéria civil. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/DRCI, 2012. p. 21.

como a INTERPOL, o Serviço Social Internacional e as embaixadas de assistência ou consulados no exterior²¹³.

Com base na Convenção de Haia de 1980, o Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017, define as funções das Autoridades Centrais em gerais e específicas. As funções gerais (art. 5º) concentram-se na atividade de cooperação e promoção da cooperação entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados para alcançar os objetivos da Convenção, bem como em buscar, na medida do possível, soluções para as dificuldades que surjam na aplicação da Convenção²¹⁴.

As funções específicas estão contidas no art. 6º, no Capítulo III, § 1º e 2º, e consistem em prestar auxílio com relação aos pedidos previstos no capítulo III, devendo transmitir e receber tais pedidos e iniciar ou facilitar o início de procedimentos relativos a esses pedidos. As Autoridades Centrais tomarão todas as medidas apropriadas para prestar ou facilitar a prestação de assistência jurídica, quando as circunstâncias assim o requeiram; ajudar a localizar o devedor ou o credor; ajudar a obter informações pertinentes à renda e, se necessário, a outros aspectos econômicos do devedor ou do credor, incluindo a localização de ativos; estimular soluções amigáveis a fim de obter pagamento voluntário de alimentos, recorrendo, quando apropriado, à mediação, à conciliação ou a outros procedimentos análogos; facilitar a execução permanente das decisões em matéria de alimentos, inclusive o pagamento de valores atrasados; facilitar a cobrança e a rápida transferência dos pagamentos de alimentos; facilitar a obtenção de documentos ou outros elementos de prova; prover assistência para a determinação de filiação quando esta for necessária para a cobrança de alimentos; iniciar ou facilitar o início de procedimentos para obter as medidas cautelares necessárias que tenham caráter territorial, cuja finalidade seja assegurar o resultado de um pedido de alimentos em curso; facilitar a comunicação de atos processuais²¹⁵.

Havendo a configuração da subtração ou da retenção ilícita de criança no Brasil, o seu retorno deve contar com a colaboração e cooperação de diversos atores que devem buscar atender aos ditames da Convenção de forma célere, observando a relevância do direito a ser protegido.

²¹³ BRUCH, Carol S. The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: a Friend in Deed. In: **Family Law Quarterly**, v. 28, n. 1, Special Issue on International Family Law (Spring 1994). p. 35-52.

²¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 9.176**. Brasília: Palácio do Planalto/Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm>. Acesso em: 06 jan. 2019.

²¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 9.176**. Brasília: Palácio do Planalto/Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm>. Acesso em: 06 jan. 2019.

Portanto, à Autoridade Central cumpre um rol de atribuições previsto na Convenção de Haia de 1980 com vistas à promoção da celeridade do retorno da criança subtraída, a fim de conferir efetividade à Convenção e a consecução do direito fundamental à convivência familiar. No entanto, a apreciação do mérito não compete à Autoridade Central, que deve tão somente atuar nos limites da cooperação.

3.1.4 Da cooperação processual por meio dos juízes de enlace

A figura do juiz de enlace intenta viabilizar a cooperação entre os Estados diante da relevância do Auxílio Direto. Em 1988, num Seminário em Ruwenberg, foi proposta a criação de uma Rede Internacional de Juízes de Enlace (Ligação), no Seminário para Juízes sobre Proteção Internacional de Crianças²¹⁶.

Nesta oportunidade, foi aprovada a sugestão para que as autoridades dos Estados signatários constituíssem um ou mais membros do Judiciário para atuar como um canal de comunicação entre os membros da sua própria jurisdição e com juízes de outros Estados, de modo a facilitar o cumprimento da Convenção de Haia de 1980²¹⁷. A criação da Rede objetivou melhorar a interlocução entre os juízes, em relação aos procedimentos e métodos desenvolvidos em ações processadas nos seus respectivos países.

No Brasil, os atos necessários para favorecer a cooperação entre os países foram abordados na Recomendação 38, de 3 de novembro de 2011, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata da adoção de mecanismos de cooperação, entre os quais se destaca a figura do juiz de cooperação. Em nosso território houve a divisão da área de atuação dos juízes de enlace ou de cooperação, em observância a um critério regional, de acordo com a jurisdição dos Tribunais Regionais Federais existentes no Brasil.

Monica Sifuentes²¹⁸ aponta os benefícios para os juízes responsáveis pelos casos relativos ao subtração de crianças, no Brasil e nos Estados-membros, facilitando a

²¹⁶ Preliminary Document n. 8, of October 2006, for the attention of the Fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague, 30 October – 9 November 2006), draw up by Phiipe Lortie, First Secretary. Disponível em: <<http://www.hcch.net>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

²¹⁷ SIFUENTES, Monica. **Subtração interparental**: a experiência brasileira na aplicação de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-da-haia-de-1980.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2018.

²¹⁸ SIFUENTES, Monica. **Subtração interparental**: a experiência brasileira na aplicação de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-da-haia-de-1980.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2018.

identificação imediata do juiz de enlace a ser consultado, de acordo com o Estado brasileiro em que esteja tramitando ou venha a tramitar o pedido judicial de restituição. Para a Autoridade Central brasileira há a probabilidade de envio do caso diretamente ao juiz de enlace responsável; já quanto ao exercício da atividade do juiz de enlace, o trabalho dividido, considerando as regiões, apresenta-se salutar na medida em que se traduz numa aproximação e na conseqüente facilidade de comunicação com os juízes responsáveis pelos processos que envolvam a subtração de crianças, em sua respectiva área de atuação.

Levou-se em consideração, para tanto, a necessidade de atender à recomendação convencional para melhorar a “fluidez e agilidade na comunicação entre os judiciários e outros operadores para o cumprimento dos atos judiciais, além da “harmonização e agilização de rotinas e procedimentos forenses, fomentando a participação dos magistrados de todas as instâncias na gestão judiciária”²¹⁹.

A Autoridade Central é acionada no Brasil quando há indícios de lentidão nos processos. Nesse caso, os juízes de cooperação operam em conjunto com a autoridade local; no entanto, evita-se que o juiz de enlace ou de cooperação entre em contato com a Autoridade Central de outro país, para que não haja interferência no trabalho desenvolvido. Dessa forma, o papel principal do juiz é auxiliar a autoridade administrativa e judiciária, não lhe cabendo intervir em suas funções precípuas.

A atuação do juiz de enlace junto ao juiz do caso acontece para verificar o estado do processo e as providências encaminhadas, bem como para esclarecer as dúvidas sobre a convenção²²⁰.

Como visto, existe no âmbito da Convenção de Haia de 1980 um sistema de cooperação jurídica internacional de natureza processual, permitindo às Autoridades Centrais dos países a manutenção de colaboração permanente nos casos de abdução transfronteiriça²²¹.

Desta forma, a troca de informações entre os órgãos julgadores ocorre também por

²¹⁹ SIFUENTES, Monica. **Subtração interprenatal**: a experiência brasileira na aplicação de Haia de 1980. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interprenatal-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-da-convencao-da-haia-de-1980.pdf>>. Acesso: em 6 set. 2018.

²²⁰ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. A jurisdição no Estado Constitucional. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões Sociojurídicas, ano XVI, n. 26, abr. 2016. p. 152-169.

²²¹ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 54.

meio dos juízes de enlace; estes, na expressão de Natalia Martins²²², podem ser entendidos como membros dos Poderes Judiciários domésticos de cada Estado-Parte, também chamados de juízes de ligação, com atribuições para

disseminar entre seus pares seus conhecimentos especializados sobre o funcionamento e a aplicação da Convenção de Haia de 1980, para: auxiliar os órgãos julgadores incumbidos da decisão de casos dessa natureza; facilitar o contato entre os órgãos julgadores domésticos e os Juízes de Família do local de residência habitual; trocar informações com os demais juízes de ligação sobre o andamento e o cumprimento dos pedidos de cooperação jurídica internacional fundados no tratado; iv) participar, na condição de membro do Poder Judiciário doméstico, de reuniões e encontros entre juízes de ligação ou a eles destinados; v) produzir artigos acadêmicos e práticos, tanto para disseminar seu conhecimento domesticamente, quanto para informar seus pares internacionais do funcionamento da convenção em seu país.

Portanto, os juízes de enlace cumprem suas tarefas, estando limitados pelas atribuições que lhes são designadas. Não há que falar em representação estatal por parte deles. As indicações para ocupar tal cargo são formuladas exclusivamente pelo Poder Executivo de cada Estado, com a expectativa de tornar a Convenção de Haia de 1980 efetiva, apresentando resultados positivos quanto à demanda de devolução de crianças subtraídas ou ilicitamente retidas.

3.1.5 O Poder Judiciário brasileiro e a análise do princípio do melhor interesse da criança na aplicação da Convenção de Haia de 1980

A abordagem deste tópico leva em consideração toda a construção anteriormente demonstrada acerca dos procedimentos administrativos e judiciais para a aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil.

Após a incursão, demonstrando as formalidades para a observância do texto convencional no território brasileiro, cabe uma análise das decisões do Poder Judiciário pátrio por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa, a fim de verificar a compatibilização das sentenças com os ditames da Convenção.

Num primeiro momento, é necessário esclarecer que os processos que versam sobre o retorno da criança, vítima de subtração internacional, tramitam em segredo de justiça, o que não facilita o acesso às informações. Da mesma forma, na base de dados do INCADAT –

²²² MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 59.

International Child Abduction Database -, sistema no qual os relatores dos diversos países apresentam um sumário dos casos, não há colaboração do Brasil, notando-se a ausência de registro de casos brasileiros no sistema apontado. É utilizado, por tal razão, o material disponibilizado nos *sites* da página oficial da Convenção de Haia no Brasil, da Justiça Federal e do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

O que se procura investigar com a análise jurisprudencial brasileira é a correta aplicação da Convenção em debate, haja vista que a interpretação pelos juízes do termo melhor interesse da criança é, em muitos casos, o motivo de descumprimento do texto internacional, porquanto provoca a interpretação ampliativa às exceções contidas na Convenção e que desautorizam o retorno da criança.

Primeiramente, cabe a análise dos artigos que estabelecem regras de exceção ao cumprimento da Convenção de Haia de 1980, sendo estes especificamente os artigos 12, 13 e 20 do texto convencional, analisados a seguir:

Artigo 12. Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de um ano entre 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.

Interessa, como exceção ao cumprimento da Convenção de Haia, a discussão do parágrafo segundo, adiante apontado, uma vez que a adaptação da criança ao novo meio seria hipótese autorizadora para a não devolução. No entanto, como ressalta Pérez-Vera²²³,

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

Desta forma, em cumprimento à Convenção e ao princípio do melhor interesse da criança, a exceção deve ser tratada de forma estrita. Na lição de Nádya de Araújo²²⁴, “o

²²³ PÉREZ-VERA, Elisa. **Explanatory Report**, 1981, item 109. Disponível em: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779. Acesso em: 30.1.2019.

acolhimento da exceção exige que se comprove a adaptação não apenas no decurso do tempo, como também a efetiva adaptação da criança aos vários aspectos de sua nova vida – familiar, social, educacional, entre outros”.

Também não se pode olvidar do estabelecimento do decurso do prazo anual como critério para a devolução ou não da criança. A afirmação de que o lapso temporal estabelece nova adaptação não deve ser considerada, mantendo-se a regra da devolução da criança ao seu país de residência habitual.

No entanto, da análise da jurisprudência brasileira, observa-se a discussão sob a ótica equivocada do melhor interesse da criança, visto que a interpretação do magistrado conclui que a permanência da criança no local para onde esta fora subtraída atenderia ao seu interesse em razão de uma suposta adaptação.

Para Carmen Tiburcio e Guilherme Calmon²²⁵, a regra da devolução deve ser mantida, segundo o entendimento de que o interesse superior da criança a ser considerado é o seu direito de conviver com ambos os genitores; deve a decisão sobre a guarda ser de competência do juiz natural, considerado como o de residência habitual do infante, uma vez que este dispõe de melhores condições para a análise da situação material da criança, devido à sua capacidade de analisar o caso sob a ótica da realidade social e afetiva onde se encontrava a família da criança.

Sustentam os autores que a consideração da adaptação da criança é medida excepcional, devendo recair o ônus da prova sobre a parte que tenta impedir a devolução, sob pena do reconhecimento da procedência do pedido de retorno²²⁶. Daí se conclui que o retorno ao país de residência habitual deva ser garantido, respeitando-se assim a observância do interesse superior da criança, que deve ser entendido sob a única possibilidade de convivência com ambos os genitores.

No mais, o compromisso de cumprir com a norma convencional que determina o retorno imediato é do país de refúgio, que deve valer-se de medidas mais céleres e de procedimentos de urgência para o alcance do objetivo da Convenção. A dilação probatória da qual faz uso o Judiciário brasileiro, além de indevida e contrária ao texto da Convenção de Haia de 1980, favorece a teoria da criança adaptada, que afirma a observância do melhor interesse desta.

²²⁴ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 509.

²²⁵ CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 266.

²²⁶ CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.

Resta claro que o princípio do melhor interesse da criança está sendo usado de forma equivocada pelos magistrados brasileiros, explicitando-se a evasiva para o descumprimento da Convenção de Haia de 1980. Há um descompasso entre a interpretação do Judiciário brasileiro quanto ao melhor interesse da criança e o seu real significado diante da normativa internacional que consiste unicamente no retorno imediato da criança a fim de que possa ter assegurado o seu direito à convivência familiar.

A falta de celeridade, aliada muitas vezes à falta de conhecimento acerca da Convenção, sem contar a ausência de procedimento unificado para a sua aplicação, causa prejuízo exclusivo às crianças, que paradoxalmente são o alvo da proteção. Se o Brasil ainda não resolveu tais questionamentos, principalmente quanto à duração razoável do processo, entende-se que ainda não houve a adequação necessária para a aplicação da Convenção de Haia de 1980, a fim de conferir-lhe efetividade.

Outro ponto a ser levantado é o excesso de recursos permitidos para um procedimento que deveria tramitar em tempo, estipulado pela Convenção, de seis semanas, conforme descrito em seu artigo 11. Para Weinstein²²⁷, tal realidade induz a uma lentidão processual incompatível com o estabelecido no texto da Convenção de Haia de 1980.

Analisando alguns julgados, é possível verificar que há uma tendência em manter a criança no Brasil, evidenciando assim o descumprimento da Convenção. Para exemplo, a apelação oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, TJ-DF-APC: 20120110174692/DF 0004994-82-2012.8.07.0001, de relatoria da Desembargadora Vera Andrichi, da 6ª Turma Cível, com data de julgamento em 21 de agosto de 2013 e que concluiu pela permanência da criança no Brasil, fundamentando que na guarda unilateral importa o interesse da criança. Esta, pela conclusão o julgado, deve permanecer com a mãe, por contar com cinco anos de idade e, assim, necessitar do cuidado materno e, ademais, achar-se inserida no sistema educacional brasileiro.

Em outra apelação, a genitora logrou permissão perante as autoridades locais para retornar ao Brasil com o seu filho, sob a justificativa de que com ela reside há mais de um ano e se encontrando adaptado, bem como que não se vislumbram indicativos seguros de que na Suécia o filho poderia contar com os cuidados efetivos do genitor, uma vez que subsistiam dúvidas quanto à sua ocupação e à superação do alcoolismo, tudo a teor do julgado TRF3-

²²⁷ WEINSTEIN, Timothy. **The Hague Convention: Brazilian Style**. Lincroft, NJ: Bring Sean Home Foundation. Disponível em: <<http://bringseanhome.org/resources/the-left-behind-parent/hague-convention-%E2%80%9Cbrazilian-//style%E2%80%9D>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

AC:277 SP 2001.1.04.002777-0, relator: desembargador federal André Nekatschallow, com data de julgamento de 09/11/2009.

Ainda na linha de análise de outras decisões, percebe-se da apelação apreciada no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que a denegação do retorno da criança novamente invocou as exceções previstas na Convenção de Haia de forma equivocada. Eis o fundamento utilizado:

Considerando que o pai da criança já não exercia o direito de guarda na Argentina, a consequência para o ilícito praticado pela mãe não pode corresponder ao imediato retorno da criança para aquele país, como se de uma operação matemática estivéssemos tratando, uma vez que tal determinação, à míngua de qualquer evidência de a criança se encontrar em más condições com a mãe, poderia acarretar danosas implicações para sua formação. – No caso vertente, há prova nos autos de que a criança se encontra em boas condições, estando regularmente matriculada em escola infantil (fl. 246) e acobertada por plano de saúde de boa qualidade (fl. 241), com assistência fonoaudiológica e psicológica (fls. 235/239 e 251/253). – Precedente do STJ. – Apelação e remessa oficial improvidas. (APELREEX – Apelação/Reexame Necessário – 8600.2008.82.00.009921-9, Desembargadora Federal Carolina Souza Malta, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 15/4/2010, p. 687).

O interesse da criança aparece como pano de fundo para a negativa da devolução. No entanto, o que aqui se discute e deve ser combatido é a interpretação discricionária do julgador, levando a cada caso concreto o entendimento que achar conveniente para a tradução do que seja o melhor interesse da criança.

Para corroborar o disposto, segue a transcrição de mais uma decisão que se vale das restrições delineadas na Convenção, justificada nos direitos fundamentais da criança.

A sentença entendeu pela improcedência do pedido, já que a menor se encontra devidamente adaptada ao seu novo meio, aplicando-se ao caso as exceções contidas nos artigos 12, segunda parte, 13, “b”, e 20 da Convenção de Haia, cumulado com os direitos fundamentais da menor, vistos sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, mormente o disposto no art. 227 da CF. (REO – Remessa *Ex Officio* – 534591 – 2009.81.00.002078-2, Desembargador Federal Marcelo Navarro, TRF5 – Terceira Turma, DJE – Data: 28/3/2012, p. 196).

Seguindo o mesmo raciocínio, o entendimento esposado no processo nº 0000472-74.2012.4.01.3505 afirma que, a despeito do objetivo da Carta Convencional –assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer outro Estado Contratante ou nele retidas indevidamente – a proteção e a defesa dos interesses superiores das crianças abduzidas mostram-se evidenciadas nas exceções previstas nos artigos 12, §§§ 1º, 13 e 20, refletindo a preocupação maior com o bem-estar dos infantes, como seres em formação e em

desenvolvimento (EIAC 0000472-74.2012.4.01.3505, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, TRF1 – TERCEIRA SEÇÃO, e-DJF1 28/1/2019).

Diante dos julgados pesquisados no portal da Justiça Federal²²⁸, através da busca livre “Convenção de Haia não devolução”, nos cinco Tribunais Regionais Federais, o resultado da pesquisa aponta dez processos no TRF da 5ª Região com tramitação entre os anos de 2008 e 2013, alguns aqui demonstrados, com fundamento no melhor interesse da criança e, também, na necessidade de produção de provas, principalmente perícia psicológica para a decisão da não devolução da criança, como será demonstrado a seguir com o estudo do artigo 13. Os demais julgados, foram obtidos com pesquisa livre, utilizando os termos “Convenção de Haia” ou “Subtração Internacional”, com o objetivo de demonstrar a inadequação de algumas decisões diante do texto normativo internacional.

Não se pode olvidar que o princípio do melhor interesse da criança deve ser interpretado em benefício desta, e não de seus genitores, conforme crítica de Rhona Schuz, que assim enfatiza a ausência da expressão “direito da criança” na Convenção de Haia. Adverte que na mesma Convenção se faz presente o conceito de “remoção indevida” como violação de direito de guarda, sobre aspectos relacionados aos direitos parentais²²⁹.

Do exposto, observa-se que a interpretação do princípio do melhor interesse da criança permite ao magistrado a deliberação sobre o retorno ou não desta ao país de sua residência habitual. O que se vê é a discussão de aspectos subjetivos que fogem ao objetivo da Convenção de Haia de 1980, recaindo justamente nas suas hipóteses de exceção.

No entanto, o melhor interesse da criança deve ser analisado de forma independente dos interesses dos genitores, haja vista a determinação expressa do artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, que assim reza:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Segundo a Convenção de Haia de 1980, conforme afirmado repetidas vezes, o direito de a criança não ser subtraída ou retida ilicitamente é que traduz o seu melhor interesse.

²²⁸ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>>.

²²⁹ SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention and Children’s Rights**: Transnational Law and Contemporary Problems, v. 12, p. 393-452. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 28 mai. 2019. Tradução livre: “It should be pointed out that the phrase ‘right of the child’ does not appear even once in the Abduction Convention. On the contrary, at the very heart of the Convention’s mechanism are the all-critical concepts of ‘wrongful removal’ and ‘wrongful retention’, which are defined in terms of breach of rights of custody, which are primarily parental rights”.

Ao fim, a Convenção deve ser analisada e aplicada nos limites de suas regras, devendo ser afastada a subjetividade sem amparo em provas. Assim, vale a transcrição do entendimento de Marisa Leto, para quem a subjetividade do termo melhor interesse da criança é um permissivo para decisões judiciais discricionárias. Complementando, a autora afirma que a discricionariedade aqui criticada pode assumir formas variadas, sendo comum observar que a adaptação das crianças apontada nos julgados decorre do atraso do processo judicial, culminando com o descumprimento da Convenção de Haia²³⁰.

No mais, o Decreto nº 9.830/2019, trata da motivação das decisões, explicitando a necessidade da contextualização dos fatos com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos, devendo conter os fundamentos e a congruência entre as normas e os fatos que a esta deram embasamento. Pode valer-se ainda o julgador a fim de motivar a sua decisão, do conteúdo de normas técnicas, pareceres, informações, decisões e propostas que precederam a decisão, conforme reza o artigo segundo do aludido Decreto.

O mesmo tratamento se estende as decisões baseadas em valores jurídicos abstratos, devendo estas primar pelos critérios de adequação, proporcionalidade e racionalidade.

Natalia Martins enfrenta o tema sob a perspectiva de que, apesar de a negativa do retorno da criança ao seu local de residência habitual figurar entre as exceções normativas da Convenção, é necessário que haja a plena convicção de que a residência no local de refúgio atende ao melhor interesse da criança, devendo também o Estado requerido certificar-se de que as autoridades do local de residência habitual da criança não estejam aptas à efetivação da proteção dos direitos desta²³¹.

Por vezes, as ressalvas se tornam de observância necessária para não submeter a criança a situações de risco quanto à sua integridade física e psicológica; noutras, apenas privilegia o genitor causador do ilícito da subtração, sendo, portanto, um impeditivo para o cumprimento da regra precípua do tratado ora abordado: a devolução imediata da criança ao seu país de residência.

²³⁰ LETO, Marisa. Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**, 2002, v. 3, n. 1, article 22. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil.vol3/iss1/22>>. p. 247. Acesso em: 29 mai. 2019. Tradução livre: “The subjectiveness of the best interest standard enables judges to make discretionary decisions. Discretion often takes the form of gender biases, national biases, and judgements regarding the ‘acclimatization’ of children to their environment that is often due judicial delay. The result is substantive non-compliance with the Hague Convention”.

²³¹ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 78.

As situações de exceção acima apontadas ainda podem ser observadas no artigo 13 da Convenção de Haia de 1980, nos seguintes termos:

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 ao 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.

Seguindo a análise da aplicação prática convencional, o artigo 13 constitui um ponto nodal da discussão, haja vista recair sobre ele o desrespeito à regra da vedação de produzir provas fora dos estreitos limites da Convenção de Haia de 1980.

Num primeiro instante, a questão gira em torno do direito de guarda, sendo apreciado a quem cabe o seu exercício. Em seguida, o conceito de grave risco no retorno que possa expor a criança a prejuízos físicos ou psíquicos ou colocá-la numa situação intolerável é o que provoca uma discussão jurisprudencial intensa a ser apreciada.

A esse respeito, interessante apontar a decisão dos autos do REsp nº 1.239.777, de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, exigindo laudo psicossocial em todos os casos classificados como de subtração internacional de crianças, o que, de forma flagrante, vai de encontro aos preceitos contidos na Convenção.

Leia-se o fundamento do julgado nos seguintes termos:

No âmbito internacional, as regras e os costumes devem ser aplicados e interpretados diferentemente, com mais racionalidade e menos apego aos costumes e às normas nacionais, de forma a alcançar um ponto de equilíbrio, suportável para todos os envolvidos nessas novas relações e indispensável para disciplinar os efeitos delas. – A Convenção de Haia, não obstante presente reprimenda rigorosa ao subtração 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, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica. Recursos especiais parcialmente providos. (STJ –

REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/4/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2012)²³².

Ainda coube o debate no relatório do julgado acerca da obediência ao tratado ou ao princípio do melhor interesse da criança, como se fossem antagônicos, quando, na verdade, padece o Judiciário brasileiro de interpretação equivocada quanto a este tema.

Desta forma, o melhor interesse da criança se transforma em abrigo para a não efetivação da Convenção de Haia de 1980, já que em nome deste princípio a produção de provas se torna autorizada, quando se sabe ser totalmente vedada pelo texto convencional.

A perita chamada a se pronunciar nos autos assevera que não encontrou motivos que impeçam o menor de permanecer na guarda do pai, haja vista seu perfil amoroso e sensível, guardando bom relacionamento com o filho. Ao final, recomenda acompanhamento de ambos pelo serviço social e psicológico da Alemanha, para suprir possíveis carências emocionais²³³.

Logo em seguida, o relatório prossegue com a opinião do ministro César Asfor²³⁴, que defende não ser decisivo o laudo da perita, já que não é capaz de afastar a possibilidade de graves danos físicos e psicológicos. Afirma ainda que o laudo indica nas entrelinhas a adaptação da criança ao novo meio.

Isso demonstra claramente a liberdade de interpretação do juiz brasileiro na análise das demandas sobre a subtração internacional de crianças, primeiro, iniciando a dilação probatória, segundo, ultrapassando o prazo limite para a solução dos casos, e, por fim, discutindo a guarda da criança, tudo ao arrepio do texto da Convenção.

Não se permite, de acordo com o texto internacional, a ampliação do conceito de grave risco, conforme visto no acórdão acima relatado. Pérez-Vera²³⁵ explica que a exceção contida na Convenção é extremamente limitada e restrita a casos fáticos graves. Comunga da mesma opinião Schuz, para quem a exceção se limita às situações do genitor abandonado, caso seja portador de doenças graves, ou que impeçam cuidar da criança. Tais situações envolvem guerra civil ou catástrofes naturais²³⁶.

²³² STJ – REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2012.

²³³ STJ – REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/4/2012.

²³⁴ STJ – REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/4/2012.

²³⁵ PÉREZ-VERA, Elisa. **Explanatory Report**, 1981, item 109. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779>. Acesso em: 30 jan. 2019.

²³⁶ SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a Critical Analysis**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013, Chapter 11 (Grave Risk), part A.

Conclui o aludido ministro que a aplicação do Código de Processo Civil se faz mais importante, fundamentando tal decisão na superioridade do princípio do melhor interesse da criança, permitindo a dilação probatória tão somente para que a perícia psicológica fosse realizada, já que assevera que o indeferimento da perícia requerida pela genitora do menor não deve ser observada em nome da celeridade processual. No mais, iria se contrapor aos postulados do Código de Processo Civil, podendo ser motivo de prestação jurisdicional equivocada e afrontar a Convenção de Haia de 1980, provocando danos irreversíveis ao menor.

Defende, assim, a perícia psicológica como imprescindível para a solução da demanda, cotejando a necessidade de uma solução célere também em razão da reciprocidade imposta pela Convenção de Haia com os critérios do bom senso e da prudência, motivo por que determinou a realização da perícia psicológica²³⁷.

Analisando outros julgados obtidos também na pesquisa livre²³⁸ com os termos “Convenção de Haia Risco Grave”, o resultado apresenta os seguintes números: Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Cinco julgados – Acórdãos de n.ºs. 2008.83.00010942-2, 0802393.29.2013.4.05.0000, 001173144.2012.4.05.8100, 000798672.2013.4.05.0000 e 2009.82.00.007100-7; Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Três julgados – Acórdãos de n.ºs. 20115110009615201151010009615, 000469787.2008.4.02.5110 e 0013931472013.4.02.5101; Tribunal Federal Regional da 3ª Região – 12 julgados – Acórdãos de n.ºs. 0001525-54.2016.4.03.6105, 000436041.2014.4.03.6119, 0019090-56.2010.4.03.6100, 0000430.61.2013.4.03.6115, 0006149.05.2014.4.03.6110, 0000279.68.2013.4.03.6124, 000240281.2013.4.03.6110, 0004360412014.4.03.6119, 0016040.22.2010.4.03.6100, 0006030962013.4.03.6104, 0000193.52.2011.4.03.6000 e 0000491.35.2011.4.03.6100. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – 11 julgados – Acórdãos de n.ºs. 0001259.19.2011.4.01.3803, 0030786.18.2012.401.3500, 001958689.2009.4.01.3800, 0014902.24.2009.4.01.3800, 0006397.21.2010.4.01.3814, 0000335.22.2008.4.01.3800 e 004190.25.2009.4.01.0000 – Decisões Monocráticas de n.ºs. 0045386802013401800, 0019737.66.20104.01.3300, 0195868920094013800 e 00063872120104013814.

²³⁷ STJ – REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/4/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2012.

²³⁸ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>>.

O que se percebe dos julgados acima listados e colacionados ao presente trabalho como anexos é que ocorreu um alargamento do conceito de grave risco, passando agora a serem caracterizadas como tal questões corriqueiras como desemprego, falta de dinheiro etc.

Esse comportamento do Judiciário brasileiro vai de encontro à normativa internacional. A Convenção, ao proibir a produção de provas no Estado onde a criança se acha subtraída ou retida ilicitamente, deixa claro ser prerrogativa exclusiva do juiz natural competente a decisão sobre a guarda da criança, sendo este o juízo da sua residência habitual. Cabe ao país de refúgio tão somente a produção de provas, quando versar sobre exceção à Convenção de Haia de 1980.

Os casos nos quais se permite a produção de provas são limitados, segundo o texto da Convenção, aos consequentes limites do pedido de retorno ter sido recebido na Autoridade Central ou na Justiça Federal após um ano da subtração ou retenção ilícita no Brasil, justificada pela possibilidade de adaptação que deve ser aferida; como também nos casos de maturidade suficiente da criança para opinar sobre a sua preferência quanto à residência habitual.

No entanto, conforme analisado, sob o manto da proteção integral da criança, os juízes brasileiros vêm interpretando de forma ampliada tal princípio, incorrendo na produção de provas. Faz-se necessário um mecanismo legal interno que imponha regras a serem observadas quando da análise dos casos de subtração internacional de crianças.

O laudo pericial para a verificação da adaptação da criança tem sido solicitado em casos onde não houve o transcurso do prazo de um ano entre a subtração da criança e a solicitação do *left-behind-parent*. Tal conduta provoca atraso processual, e consequentemente na prestação jurisdicional, privilegiando o genitor causador da subtração em detrimento do genitor abandonado, em desacordo com a Convenção de Haia de 1980 e com os mecanismos de cooperação internacional instituídos para o cumprimento desta.

Segundo entendimento de Nádia de Araújo e Daniela Vargas, a Convenção de Haia de 1980 traz em si alguns objetivos, sendo o principal deles o desencorajamento da subtração ou retenção desautorizadas de menores por um dos pais, como também o restabelecimento da situação anterior à subtração ou retenção. Acrescentam ainda que a devolução da criança deve se dar de forma rápida e desburocratizada²³⁹.

²³⁹ ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de menores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, 2012. p. 117-137.

Assim, a não devolução da criança deve acontecer exclusivamente nos casos presentes nas exceções, sendo estes restritos e dependentes de provas. Deve-se evitar benefício ao genitor abductor em detrimento do genitor deixado, chamado de *left-behind parent*. No mais, a decisão principal deve ser tomada considerando o melhor interesse da criança, que se traduz no respeito ao seu direito de convivência familiar.

Prosseguindo na análise das exceções previstas no artigo 13 da Convenção de Haia de 1980, vale observar as conclusões de Paul Beaumont e Peter McEleavy sobre este dispositivo, objeto dos debates mais relevantes sobre a aplicação do texto internacional. Para os autores, as exceções devem ser analisadas sob o viés do princípio do melhor interesse da criança. Indicam que as exceções que considerem a ocorrência de grave risco devem ser analisadas a partir do caso concreto, salientando a possibilidade de ocorrência de risco psicológico quando do retorno da criança²⁴⁰.

Carmen Tiburcio e Guilherme Calmon, em comentários ao artigo em debate, tratam da primeira hipótese de não retorno, em sua alínea “a”, considerando-a autoexplicativa, ou seja, o retorno só é possível em respeito aos direitos de guarda existentes à época da remoção ou retenção ilícita. Já a alínea “b” autoriza o juízo do Estado de refúgio a, excepcionalmente, examinar o melhor interesse da criança. É, portanto, regra geral a análise do melhor interesse da criança no país da sua residência habitual.

De forma clara, os autores pontuam que “essas situações se limitam à verificação da existência de risco grave de perigo de ordem física ou psíquica ou situação intolerável para a criança, e não onde a criança será mais feliz ou terá melhores oportunidades de vida”²⁴¹.

Portanto, o risco deve, de fato, ser grave a ponto de comprometer a criança sob o ponto de vista físico e psíquico. Ainda há que se falar na situação intolerável imposta à criança. Ocorre que a falta de parâmetros e de limites estabelecidos na Convenção permite a hermenêutica do julgador a conferir a conotação que achar pertinente, desde que fundamentado no melhor interesse da criança.

Para Natalia Camba²⁴², as exceções serão analisadas a partir dos casos concretos, atendendo ao princípio do superior interesse da criança. Não havendo motivos que autorizem

²⁴⁰ BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 115.

²⁴¹ CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 289.

²⁴² MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança**. 1. ed. Curitiba, CRV, 2013, p. 139. p. 76.

a sua permanência no país de refúgio, o seu melhor interesse estará atendido com o seu retorno para a sua residência habitual. Aponta ainda a autora que

a Convenção de Haia de 1980 confere às autoridades encarregadas do julgamento acerca da ocorrência de subtração internacional (em regra, membros do Poder Judiciário de cada Estado-Parte) considerável grau de discricionariedade, para que determine sua devolução ou, em consideração a situações excepcionais nas quais a devolução seja prejudicial à criança, mantê-la no novo local.

No entanto, os riscos hábeis a impedir o retorno da criança para a sua residência habitual devem ser aferidos a partir de critérios objetivos, caso o país de sua residência habitual não lhe ofereça condições de zelo e segurança para a manutenção de sua integridade física e psicológica²⁴³.

Portanto, a análise que deve ser feita leva em conta o direito da criança de não ser subtraída de sua residência habitual ante o direito fundamental de não ser exposta a perigos de ordem física ou psíquica ou a situação intolerável.

Valério Mazzuoli e Elsa Mattos²⁴⁴ assim escrevem sobre a questão do risco grave:

A interpretação restritiva sugere que “risco grave” e “situação intolerável” estão relacionados a circunstância envolvendo guerras, fome e outras catástrofes que possam colocar a criança em perigo de morte, ou, ainda, que envolvam sério risco de abuso ou negligência para as quais os tribunais do país de residência habitual se mostrem incapazes de oferecer proteção adequada.

A possibilidade de interpretações díspares sobre o grave risco leva à busca da aplicação do termo de maneira uniforme com alcance de resultados satisfatórios. Combate a falta de celeridade, vilã da aplicação da Convenção de Haia, já que resulta em inefetividade do tratado.

O último motivo de exceção à Convenção é apresentado em seu artigo 20, com a seguinte redação:

Artigo 20. O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

²⁴³ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba, CRV, 2013, p. 139.

²⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elsa de. Subtração Internacional de crianças fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **Revista dos Tribunais**, v. 104, n. 954, abr. 2015. p. 239-254.

Apesar de tratar de exceção que pode ser invocada para a não devolução da criança, o artigo acima é pouco utilizado pelos tribunais, haja vista a observação de Beaumont²⁴⁵, para quem não há uma definição clara para a aplicação do citado dispositivo, daí ser pouco utilizado e possuir importância prática quase nula. Resta-lhe autoridade para um possível controle de constitucionalidade perante Cortes Superiores de Estados Partes.

Lembra Andrea Schulz²⁴⁶ que a “permanência da criança removida ou retida de forma indevida fora do local de sua residência habitual também constitui violação aos direitos humanos da criança”.

Deve-se atentar que o artigo 20 propõe uma limitação de ordem pública; no entanto, trata-se de norma com conteúdo jurídico indeterminado, a ser avaliado de acordo com a norma interna de ordem pública dos Estados signatários. Novamente se está diante de norma com uma margem de interpretação conferida aos julgadores, que podem inviabilizar a devolução da criança ao local de sua residência habitual²⁴⁷.

A necessidade do procedimento de uniformização pode ser vislumbrada a partir da seguinte observação de Gianfranco Andréa e Wagner Gundim²⁴⁸:

Com efeito, o trâmite mais rápido ou mais moroso não pode ficar adstrito ao livre talante dos magistrados. Todos os casos que envolvem o subtração internacional de crianças e, por consequência, a aplicação efetiva da Convenção de Haia de 1980, devem primar pela celeridade processual. Para tanto, somente por meio de legislação específica, estabelecendo procedimento especial próprio, com prazos enxutos para contestação, recursos, realização de audiências de oitiva, bem como oitiva de especialistas/psicólogos, será possível atender eficazmente ao conteúdo da Convenção.

Não se busca uma intransigência na aplicação da Convenção de Haia de 1980, até mesmo pela dinamicidade da vida e das relações, o que acaba influenciando o próprio Direito, bem como os textos internacionais convencionais. A busca se traduz na necessidade da aplicação do texto da Convenção de forma a não o desprezitar sem fundamentação suficiente para tanto. Até porque a própria normativa internacional previu as exceções, porém estas devem ser aplicadas nos seus estreitos limites e não em observância a decisões que

²⁴⁵ BEAUMONT, Paul R.; McELEVAY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 172, nota 277.

²⁴⁶ SCHULZ, Andrea. **The 1980 Hague Convention and the European Convention on Human Rights: Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 12, n. 2, 2002. p. 355-392.

²⁴⁷ CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de crianças: comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 370.

²⁴⁸ ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. Uniformização de procedimentos judiciais relativos aos aspectos civis sobre o subtração internacional de crianças como medida de efetivação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil. In: LORENCINI, Bruno César (Org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: LiberArs, 2018. p. 75.

simplesmente desprestigiem a Convenção, utilizando-se para tanto da fundamentação no interesse superior da criança.

O princípio do superior interesse da criança deve ser observado primeiro na perspectiva de o direito da criança não ser subtraído e de que ela possa dispor da convivência familiar. Somente em situações em que a criança pode ser submetida a riscos de ordem física ou psicológica é que tal princípio deve ser interpretado sob a ótica da manutenção da integridade da criança. Evita-se, assim, a má interpretação das exceções pelo Poder Judiciário brasileiro com a demora na prestação jurisdicional, em desobediência ao princípio da reciprocidade, já que o Estado brasileiro é demandante e demandado nos casos de subtração internacional, culminando com o desrespeito à Convenção.

Portanto, diante da falta de sistematicidade do texto ratificado pelo Brasil, permitindo interpretações variadas, equivocadas e em desacordo com a Convenção de Haia de 1980, torna-se premente uma análise do texto convencional sob os ditames Constituição Federal, a fim de proceder à análise dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, como também do devido processo legal e das decorrentes garantias processuais.

Considerando que as normas internacionais, principalmente as que versam sobre os direitos humanos, obrigam os Estados a promover adequações em seu direito interno, sobretudo no direito constitucional contemporâneo, torna-se obrigatório tratar do controle jurisdicional de convencionalidade da Convenção de Haia de 1980. Esse tema será abordado no próximo capítulo, a fim de demonstrar a urgente proteção dos direitos humanos das crianças vítimas de subtração e/ou retenção ilícitas de caráter internacional.

4 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme debatido nos capítulos anteriores, houve uma transformação no cenário mundial nas últimas décadas com relação à tutela dos direitos humanos. Tal fenômeno dá-se sobretudo no período pós-Segunda Guerra Mundial, com a produção de tratados internacionais visando à proteção de direitos até então desamparados sob o ponto de vista da produção normativa internacional. Atualmente, caminha-se em sintonia com a evolução da sociedade internacional, em busca da conjugação do ordenamento jurídico interno como direito internacional.

Não se pode esquecer a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao se tratar da evolução dos direitos humanos, instrumento internacional que serviu de baliza para a construção dos demais que advieram, devendo ser observada como norma modelo para a obediência dos direitos humanos. Antônio Augusto Trindade²⁴⁹ aponta o processo de generalização da proteção dos direitos humanos a partir da Declaração acima citada, revelando ainda que “era preocupação corrente, na época, a restauração do Direito Internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isso, contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da Segunda Guerra Mundial”.

À época, precisamente nos anos 20 do século XX, a proteção dos direitos humanos se apresentava algumas vezes em contraposição ao direito interno, como acentua Nádía de Araújo²⁵⁰. A questão se situava entre a proteção dos direitos humanos e a soberania interna dos países, no que concerne à regulamentação da sua ordem jurídica, considerando aspectos morais, éticos, religiosos e culturais. A discussão se prendia à relação entre o direito nacional e internacional, com as teorias monista e dualista.

²⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. p. 23.

²⁵⁰ ARAÚJO, Nádía de. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

Acerca da temática, vale destacar parte do discurso do secretário-geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, aos 14 de julho do ano de 1993, com tradução de Valério Mazzuoli:

[...] por sua natureza, os direitos do homem abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional. Eles são criadores de uma permeabilidade jurídica nova. Trata-se, portanto, de não os considerar, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Pelo contrário, é preciso compreender que os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais²⁵¹.

O que se percebe hoje é que os países, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não mais estabelecem a dicotomia entre Direito Internacional e direito interno, adotando uma visão humanista e adotando providências internas, a fim de efetivar no seu ordenamento jurídico a proteção conferida aos direitos humanos fundamentais. Segundo André Ramos²⁵², adota-se a teoria do bloco de constitucionalidade, que, em sentido largo, “consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição”.

Observam-se novos parâmetros para a validade das normas, que agora precisam ser aprovadas pelo controle de constitucionalidade, depois de verificada a sua adequação às normas constitucionais; bem como devem ser tidas como convencionais, verificada a sua conformação com as normas internacionais.

Demonstrados anteriormente os instrumentos internacionais de proteção da criança, bem como discutida a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças, suas exceções e pontos de divergência quando observada a jurisprudência pátria, cabe, nesta oportunidade, propor a apreciação da relação entre o Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento e a aplicação do controle de convencionalidade aos casos que versem sobre a subtração internacional de crianças, posto tratar-se de direito humano fundamental.

Para tanto, propõe-se a discussão sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à força normativa dos tratados internacionais acerca dos direitos humanos no Brasil, principalmente daqueles não equiparados à emenda constitucional, já que não

²⁵¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.37, n. 147, jul.-set. 2000. p. 193.

²⁵² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 537.

observado o rito previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição, pois que apreciados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004.

4.1 Os tratados internacionais de direitos humanos e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Os direitos humanos em sua universalidade reclamam proteção, o que se dá via acordos ajustados entre os Estados, denominados de tratados ou convenções internacionais. O conceito de tratado é trazido pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1965. Sua aprovação no Brasil culminou com a criação do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. De acordo com esse texto legal, tratado é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos, qualquer que seja a sua denominação específica²⁵³.

Na lição de Francisco Rezek²⁵⁴, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

O que se vislumbra é que a adesão dos Estados às propostas insertas nos tratados criou um inédito e efetivo sistema de proteção dos direitos fundamentais no plano internacional²⁵⁵. Em sendo assim, o sistema jurídico atual, resultado de um direito internacional pós-moderno, preocupa-se atentamente com a proteção do indivíduo e a efetivação dos seus direitos fundamentais provenientes dos acordos internacionais. Alçando os tratados internacionais a uma categoria de direitos situada para além da jurisdição interna, provoca alteração legislativa no âmbito dos Estados e obriga as partes.

Tratando-se da validade dos tratados, esta exige formalidades que foram disciplinadas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, aprovada e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelecendo como requisitos o consentimento do Estado em aderir ao instrumento, a forma escrita e o início da vigência que constar no documento²⁵⁶.

²⁵³ CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. **Legislação de direito internacional**: obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 870.

²⁵⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14.

²⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional humanista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123-125.

²⁵⁶ CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. **Legislação de direito internacional**: obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 870.

Após celebrados, os tratados internacionais adquirem o *status* de fonte do Direito Internacional, com conseqüente natureza jurídica, não havendo que se falar em grau de hierarquia entre tais instrumentos, já que se situam no mesmo plano.

Nos limites do texto da Constituição Federal de 1988, a competência para a celebração dos tratados é privativa do Presidente da República, cabendo exclusivamente ao Congresso Nacional deliberar em definitivo sobre tais instrumentos, conforme os artigos 84, inciso VIII, e 49, inciso I, do diploma legal citado.

O texto da Constituição regulamenta a forma de ingresso do tratado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como indica a complementaridade, prevendo em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias fundamentais insertos na Constituição não excluem as normas provenientes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Hierarquicamente, as normas resultantes dos tratados internacionais adquirem a condição de emenda constitucional se aprovada após a Emenda Constitucional nº 45/2004, por quórum qualificado, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, segundo ditame expreso do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Caso a aprovação tenha se dado antes da citada emenda constitucional, aplica-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, que por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP firmou entendimento de que a norma detém caráter supralegal, situando-se abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional.

A despeito da normatividade, o que se discute é a efetividade da aplicação dos tratados internacionais no direito interno. Num primeiro momento, firma-se a discussão em torno da complexidade das relações internacionais e seus aspectos multiculturais, como também a cooperação jurídica internacional; após, cinge-se à temática da soberania nacional.

Ao se comprometer através dos tratados internacionais, não resta dúvida que os Estados mitigam sua soberania, que se traduz na capacidade de garantir a independência externa, em favor da temática abordada pelo texto internacional. Mormente no que diz respeito a direitos e liberdades fundamentais, o Estado não mais se apresenta como absoluto e incontestável em suas decisões, devendo fazê-lo aliado aos ditames dos organismos internacionais.

Ainda assim, a jurisdição apresentada pelos tratados internacionais não é capaz de suprimir a soberania dos Estados, permitindo a ampliação do ordenamento jurídico interno, já que complementado pela legislação alienígena.

Havendo conflito de ordem material entre a norma oriunda dos tratados internacionais e a norma interna, a questão é resolvida com a aplicação do Direito dos Tratados e pela cláusula

pacta sunt servanda, que prevê o “cumprimento pontual das obrigações decorrentes de acordos livremente firmados”²⁵⁷.

O comprometimento do Estado signatário do tratado é condição precípua para que não se incorra em seu descumprimento, que não terá como fundamento plausível a superioridade do texto constitucional, havendo, inclusive, responsabilização da União enquanto detentora de personalidade jurídica na ordem internacional, e na modalidade objetiva.

No tocante à hierarquia das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, vale o levantamento sobre a posição do Supremo Tribunal Federal que adota a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada, já que não submetidos ao rito de aprovação do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Especial 466.343-1/SP.

Apesar de a teoria da suprallegalidade ser considerada vanguardista, é contestada por Valério Mazzuoli e Flávia Piovesan, que defendem que os tratados internacionais sobre direitos humanos devam ocupar, de forma automática, posição constitucional em razão dos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal²⁵⁸.

Mazzuoli²⁵⁹ considera insuficiente a classificação dos tratados sobre direitos humanos como suprallegais, colocando em tal posição os tratados comuns ratificados pelo Estado brasileiro. Defende o autor que os tratados internacionais sobre direitos humanos ostentam *status* de norma constitucional, independentemente do seu quórum de aprovação. Conclui-se que os tratados sobre direitos humanos são materialmente constitucionais, apartados de qualquer procedimento de aprovação, formando-se assim o bloco de constitucionalidade/convencionalidade.

Trazendo à tona a supremacia do Direito Internacional e da prevalência das suas normas, demonstra-se a doutrina de Hildebrando Accioly²⁶⁰ que aponta a superioridade dos tratados em relação às leis internas, já que estes “revogam as leis anteriores, que lhe sejam contrárias; as leis posteriores não devem estar em contradição com as regras ou princípios por eles estabelecidos; e, finalmente, qualquer lei interna com eles relacionada deve ser interpretada, tanto quanto possível, de acordo com o direito convencional anterior”.

²⁵⁷ SOUSA, Fernando; MENDES, Pedro (Coord.). **Dicionário de Relações Internacionais**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2014. p. 179.

²⁵⁸ AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos: sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, jul.-dez. 2011. p. 38-87.

²⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 319.

²⁶⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 547.

A validade de uma lei só estará garantida quando ela for materialmente compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais, sejam estes de direitos humanos ou comuns, ratificados pelo Brasil. Assim, os tratados sobre direitos humanos devem ser vistos como limitadores da competência de cada Estado-membro. Busca-se tal fundamento no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que assim dispõe: “Uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Ainda se deve apontar que existindo conflito entre os tratados e a Constituição Federal, deve prevalecer a norma que mais favoreça o ser humano com o fito de efetivar os seus direitos fundamentais. Corroborando tal posicionamento, Ingo Sarlet²⁶¹ assim se posiciona: “[...] na dúvida, impõe-se a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*)”.

Como ilustração, cabe menção ao artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

A primazia da norma mais favorável se traduz na aplicação pelo intérprete da norma mais favorável ao indivíduo.

André Ramos Carvalho²⁶² assim pontua:

Cabe lembrar que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional internacional, ou seja, é cláusula prevista em tratados internacional. Com efeito, o princípio da norma mais favorável é regra tradicional insculpida nos tratados internacionais de direitos humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados, ou mesmo na legislação interna.

Infere-se que a aplicação do princípio da norma mais favorável, como critério que deve reger a hermenêutica dos direitos humanos, promove a flexibilização da hierarquia das normas e a adoção de uma concepção ampla de bloco de constitucionalidade, permitindo que

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÉVE, Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLAIRINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 347.

²⁶² CARVALHO, André Ramos. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.805

a Corte Excelsa realize o controle de convencionalidade, na modalidade de controle concentrado das normas²⁶³.

Os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, como também dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. O que se infere é que os instrumentos, na medida em que vão efetivando direitos e garantia, a Constituição os inclui no catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade²⁶⁴.

A aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos mostra-se necessária, já que além de integrar o rol de normas constitucionais, os tratados sobre os direitos humanos, conforme o artigo 5º da Constituição Federal, em seu parágrafo 1º, têm sua aplicabilidade imediata reconhecida. Uma vez incorporados, alcançam a natureza de cláusula pétrea.

Tal teoria é corroborada pela doutrina de Flávia Piovesan²⁶⁵, que destaca: “o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna mediante uma cláusula geral de recepção automática plena”. O ato de ratificação de forma imediata produz efeitos tanto na ordem jurídica interna quanto internacional, sem a necessidade de instrumento interno para tanto, uma vez que se trata da unicidade do direito interno e do Direito Internacional, não havendo limites entre as duas ordens jurídicas.

Corroborando o caráter especial conferido aos tratados que versam sobre direitos humanos, e assim possuem *status* constitucional, segue a doutrina de Juan Antonio Travesio²⁶⁶; esta assevera que os tratados modernos sobre direitos humanos têm por finalidade a proteção dos direitos humanos fundamentais. Os Estados, ao aprovar esses tratados, submetem-se a uma ordem legal com a assunção de obrigações perante os indivíduos. Portanto, não vinculam somente os Estados-partes, mas outorgam garantias às pessoas, e por tal motivo, não podem ser interpretados como um tratado comum.

²⁶³ PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Controle de Convencionalidade na via concentrada. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de Convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 185.

²⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.37, n. 147, jul.-set. 2000. p. 32.

²⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 130.

²⁶⁶ TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional**. Buenos Aires: Heliasta, 1990. p. 90.

Em consonância com a aplicabilidade imediata dos tratados que versam sobre direitos humanos, Ingo Sarlet²⁶⁷ assim se pronuncia:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. Ainda no que concerne à força dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impende considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se o fato de estes direitos fundamentais de matriz internacional estarem sujeitos à proteção assim denominada “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.

O atual posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal é resultado do voto do Ministro Gilmar Mendes em sede de Recurso Especial nº 466.343-1, e se traduz na declaração de que os tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil anteriormente ao rito estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal não podem ser equiparados às normas constitucionais. Somente com a submissão ao processo legislativo especial, passam a ter o *status* de emenda constitucional.

Na discussão sobre o conflito entre a aplicabilidade dos tratados internacionais e a Constituição Federal, aponta-se como solução atual a teoria da primazia da norma mais benéfica ao ser humano. Vê-se transcrição de tal teoria no julgamento do RE 466.343-1, em posição assumida pelo ministro Joaquim Barbosa²⁶⁸, *in verbis*:

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 345-346.

²⁶⁸ <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>. Acesso em 08 de abril de 2019

Para que se quedem as dúvidas quanto à prevalência dos tratados que versam sobre direitos humanos, basta conclamar o artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, que assim prevê:

Artigo 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II – prevalência dos direitos humanos.

Se assim dispõe a Constituição federal em seu texto, é de inferência lógica que os tratados internacionais de direitos humanos têm prevalência, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. A primazia da pessoa humana é reconhecida no texto constitucional e na doutrina de Antônio Augusto Trindade²⁶⁹, que assim escreve: “No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o Direito Internacional e o direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano”.

O ordenamento jurídico brasileiro mostrou-se transformado a partir da Constituição Federal de 1988, inclusive na perspectiva internacional, tornando-se signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos que passaram a ser reconhecidos como inovação e fonte do Direito, mostrando-se relevantes para os demais textos normativos e provocando mudança na interpretação do texto constitucional com vistas à efetividade da garantia dos direitos humanos.

O aplicador do direito deve observar as demandas que lhe são apresentadas, também sob a perspectiva dos diplomas internacionais com conteúdo material de direitos humanos, já que por força do artigo 5º, § 2º, do texto da Constituição Federal, tais normas internacionais integram o bloco de constitucionalidade, gerando dupla fonte normativa de mesmo plano de eficácia e igualdade²⁷⁰.

Com o advento do § 3º do artigo 5º da CF, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, segundo Flávia Piovesan²⁷¹, classificados como materialmente constitucionais e material e formalmente constitucionais. Apesar de todos os tratados que tenham por objeto a proteção dos direitos humanos serem materialmente constitucionais por força do § 2º do artigo 5º da CF, podem também sê-lo materialmente

²⁶⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3-4.

²⁷⁰ AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos: sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, jul.-dez. 2011. p. 38-87.

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73-74.

constitucionais a partir da logística implementada pelo § 3º, também do mesmo dispositivo constitucional. Deve o quórum estabelecido por este último parágrafo ser entendido unicamente como requisito para a atribuição de eficácia formal, ressaltando já haver a qualidade material.

Como já explanado, os direitos humanos representam norma *standard* de limitação global ao poder do Estado e nenhuma outra norma poderá impedir sua legítima atuação.

4.2 O controle jurisdicional da convencionalidade das leis

Demonstrada a importância dos tratados sobre direitos humanos para a aplicação e interpretação das normas, torna-se imperioso, nesta quadra da pesquisa, compreender a problemática central do presente estudo. Para tanto, serão delineados os aspectos gerais do controle de convencionalidade, sua aplicação no Brasil e o controle de convencionalidade específico em relação à Convenção de Haia sobre os aspectos civis da subtração de crianças.

Segundo Marcelo Figueiredo²⁷², “os seus controladores, notadamente o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal, também têm o dever de conferir eficácia e aplicabilidade aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, alguns inclusive com natureza e *status* de norma constitucional”.

Para bem elucidar o controle de convencionalidade, André Ramos²⁷³ destaca que tal instrumento consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais.

Assevera ainda que tal controle pode produzir efeitos negativos e positivos, consistindo os primeiros na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, traduzindo-se no controle destrutivo ou saneador de convencionalidade. Por seu turno, os efeitos positivos se apresentam na interpretação adequada das normas nacionais, para que estas sejam conformes às normas internacionais, num controle construtivo de convencionalidade²⁷⁴.

Numa clara definição, Mazzuoli²⁷⁵ assevera que o controle de convencionalidade das leis deve ser entendido como

o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas

²⁷² FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84.

²⁷³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540.

²⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540.

²⁷⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 323.

domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que o clássico “controle de constitucionalidade” deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle (“de convencionalidade”) da produção e aplicação da normatividade interna.

O objetivo principal do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de aplicar com primazia os tratados humanos ratificados por um Estado, denominando-se tal movimento pela doutrina como bloco de convencionalidade²⁷⁶.

O bloco de convencionalidade pode ser verificado a partir do fato de que todo e qualquer tratado sobre direitos humanos se apresenta como paradigma para o aqui estudado controle de convencionalidade. Tal afirmativa encontra respaldo no artigo 64, § 1º, da Convenção Americana, com o seguinte texto: “poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

Portanto, todos os instrumentos de proteção dos direitos humanos, e que sejam de observância obrigatória pelos Estados-partes, formam o citado bloco de convencionalidade.

Cabe, nesta oportunidade, diferenciar o controle de convencionalidade do já conhecido controle de constitucionalidade das leis. A questão se apresenta da seguinte forma: o controle de constitucionalidade analisa a compatibilidade das leis com a Constituição Federal, enquanto o controle de convencionalidade verifica a compatibilidade legislativa com os tratados considerados materialmente de direitos humanos, sejam estes considerados formalmente constitucionais ou não, desde que estejam em vigor no país.

A análise da compatibilidade de uma norma ou ato passa a ser também realizada em razão das normas internacionais de direitos humanos consagradas nos tratados internacionais. Portanto, a fundamentação do controle de convencionalidade se funda na busca da adaptação ou conformação dos atos normativos ou leis internas aos compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional, os quais, destaque-se, devem possuir reflexos práticos no âmbito do direito interno²⁷⁷.

²⁷⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad; el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: ARNAZ, Alejandro Saiz; MAC-GREGOR (Coords.). **Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa**. México: Porrúa-UNAM, 2012. p. 109.

²⁷⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 333.

Não se pode negar a internacionalização das relações jurídicas provocada pela globalização, fenômeno que também provoca o necessário diálogo jurisprudencial entre Cortes de Estados diversos

Faz-se imperioso destacar que a origem do controle de convencionalidade remete primordialmente à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que promove a convencionalidade, examinando se os Estados cumprem ou não as regras e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados com a mesma temática, para aferir a ocorrência de alguma violação a essas regras internacionais²⁷⁸.

Na perspectiva interamericana, o controle de convencionalidade funda-se essencialmente nas disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), notadamente as previstas em seus artigos 1º e 2º, e na regra prevista no artigo 25, resumidos em seu cerne como a obrigação de respeitar os direitos e liberdades, bem como sua efetividade e a proteção judicial (a garantia de acesso aos recursos)²⁷⁹.

Considerando a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao controle de convencionalidade, alguns julgados são apontados como paradigmas, a saber: os casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* e *Almonacid Arellano Vs. Chile*. É preciso esclarecer que mesmo não adotando a nomenclatura controle de convencionalidade, desde o ano de 2001 a Corte Interamericana lança mão desse mecanismo, como se verifica pela leitura do caso “A última Tentação de Cristo”, em que a Corte impôs ao Chile a necessidade de reformulação de sua Constituição, essencialmente violadora do direito de liberdade de expressão e pensamento, garantia expressamente assegurada pelo artigo 13 da CADH²⁸⁰.

Quanto à competência para a realização do controle de convencionalidade, observa-se que este pode ocorrer por meio das cortes transnacionais, caracterizando o controle de convencionalidade internacional; como também pelos juízes e tribunais nacionais, de onde se extrai o controle de convencionalidade nacional. Podem-se denominar os tipos de controle de convencionalidade em primário e secundário.

O primário se efetiva no campo doméstico dos países, quando os juízes nacionais verificam a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas

²⁷⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 87.

²⁷⁹ CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 7, mai.-ago. 2017. p. 18-39. Disponível em: <<http://www.rdhb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/428>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

²⁸⁰ CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 7, mai.-ago. 2017. p. 18-39. Disponível em: <<http://www.rdhb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/428>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

domésticas. Conclui-se pela presença de um controle difuso, realizado internamente em cada um dos países integrantes do sistema regional de direitos humanos²⁸¹.

De outra forma, tem-se o controle de convencionalidade secundário ou concentrado, exercido pelo Tribunal Regional competente, sendo este a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale frisar que o alcance do controle de convencionalidade promove a revisão das decisões judiciais, como também das atividades do Executivo e do Legislativo, com a finalidade de proteção aos direitos dos seres humanos, fundado no princípio da subsidiariedade. Tal princípio, inserido no sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, tem por escopo a proteção das pessoas, considerando a legislação interna de cada país, sendo invocado o sistema legal de proteção de direitos humanos via Corte Interamericana de Direitos Humanos quando esgotadas as vias legais internas.

As distinções também podem ser estabelecidas a partir das normas que servem como padrão para a verificação da compatibilidade; como também o objeto do controle. Assim, quando da realização do controle de convencionalidade internacional, o parâmetro é a norma internacional, e o objeto de controle é qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia nacional. Já quanto ao controle nacional, o objeto de controle há de ser constituído de normas oriundas do poder constituinte originário.

Quanto à hierarquia do tratado parâmetro, no aspecto internacional, o tratado de direitos humanos se apresenta como a norma de superior hierarquia, devendo todo o ordenamento jurídico nacional conformar-se a ele. No controle nacional, a hierarquia do tratado tido por parâmetro dependerá do regramento do direito nacional quanto à recepção dos tratados e quanto à interpretação, já que a interpretação daquilo que é ou não compatível com o tratado utilizado como parâmetro é diferente²⁸².

O controle de convencionalidade de uma norma interna somente será realizado pelas cortes internacionais quando o Poder Judiciário de origem não houver realizado o dito controle, ou o haja feito de forma insuficiente. É, portanto, obrigação dos Estados, através do seu Poder Judiciário, promover o controle de convencionalidade de suas leis de direito interno, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Funciona assim o controle de convencionalidade internacional apenas de forma complementar.

²⁸¹ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 92.

²⁸² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540.

4.3 Do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro

Diante da perspectiva de proteção atual dos direitos humanos, já se apontou que o direito interno deve estar relacionado com a norma de Direito Internacional, principalmente a que protege e consagra os direitos humanos. Para tanto, apresenta-se o controle de convencionalidade como meio apto a aferir a compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

O controle de convencionalidade tem por escopo compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Em se tratando do controle de supralegalidade, este se aplica quando da compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns que se situam acima delas, por deterem *status* supralegal²⁸³.

O que se promove com o controle de convencionalidade é a conformação dos atos ou leis internas aos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja signatário, haja vista o compromisso internacional assumido, irradiando efeitos no direito interno.

Considerando a teoria anteriormente discutida de que os tratados internacionais, especialmente os que versam sobre direitos humanos, são imediatamente aplicáveis no direito brasileiro, quanto ao bloco de constitucionalidade, a aqueles é garantido o controle de convencionalidade diante das normas de direito interno no Brasil.

A logística para a realização do controle de convencionalidade das normas de direito interno passa pela possibilidade de realização do controle pela via difusa, sendo de competência de qualquer juiz ou tribunal se manifestar a respeito. Estão habilitados para tal tarefa desde os juízes de primeiro grau, passando pelos tribunais federais ou regionais, até os tribunais superiores, todos com a mesma atribuição de promover o controle de convencionalidade por via incidente²⁸⁴.

O que se percebe é que os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro promovem, em relação às demais normas de direito interno, um controle que deve ser analisado pelo Judiciário a fim de coordenar a existência das fontes normativas internacional e nacional. Tal efeito, a doutrina nomeia como eficácia paralisante.

Válido ressaltar que a par da existência do controle de convencionalidade difuso, tem-se o controle de convencionalidade concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal na

²⁸³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 148.

²⁸⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149.

única hipótese em que o objeto for um tratado de direitos humanos, aprovado pelo rito descrito no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Segundo Valério Mazzuoli, “o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após essa data, não obstante nenhum autor nacional ter feito referência a essa terminologia”²⁸⁵.

Justifica ainda o autor a presença do controle de convencionalidade difuso no texto da Constituição Federal no artigo 105, III, a, da Carta de 1988, quando atribui competência ao Superior Tribunal de Justiça para “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Afirma ainda que o controle de convencionalidade concentrado adveio somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004²⁸⁶.

Por conseguinte, o ordenamento jurídico nacional deve amoldar-se às regras delineadas nos tratados internacionais de direitos humanos. O Judiciário brasileiro será responsável pela promoção do controle das normas, seja pela via difusa, seja pela concentrada. Tal compatibilidade deve ser verificada nas esferas do controle de convencionalidade, quando relacionar-se com direitos previstos em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e de controle de supralegalidade, ao referir-se aos tratados comuns em vigor no Estado brasileiro. Interessa delimitar para a presente pesquisa somente a abordagem do controle de convencionalidade.

Ainda no contexto de proteção internacional, é possível o controle de convencionalidade do texto da Constituição, a fim de torná-lo conforme aos tratados internacionais de direitos humanos, situação verificada no julgamento dos casos *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, independentemente de sua hierarquia, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional. No mesmo sentido, foi julgado o caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Ireland*²⁸⁷.

²⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 332.

²⁸⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149.

²⁸⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 154.

Importa frisar que no contexto atual de proteção dos direitos humanos, a prevalência é do princípio *pro homine*, podendo, inclusive, ser afastada a norma constitucional que esteja em descompasso com os tratados de direitos humanos. Luiz Guilherme Conci e Giovanna Pereira assim tratam o tema: “Para além da declaração de inconveniência de um ato estatal, é preciso também identificar a possibilidade de interpretação conforme os parâmetros interamericanos ou internacionais, bem como sobre a possibilidade de utilização do princípio *pro persona*”²⁸⁸.

Tal princípio se mostra como vetor interpretativo, servindo para a busca da proteção da dignidade da pessoa humana. Considerando a questão material, resta nítido que o princípio *pro persona* promove a escolha da norma mais favorável ao indivíduo.

A doutrina, aqui representada por Monica Pinto²⁸⁹, assim trata o assunto:

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los humanos, em virtude del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria.

Infere-se, portanto, que a efetividade de uma norma jurídica depende da observância do direito interno, como também dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Ocorrendo conflito de normas, o direito humano deve prevalecer, novamente com a obediência ao direito interno e aos tratados, considerando as obrigações assumidas a partir da assinatura destes. Aliado a isso, devem-se aplicar os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que por força do princípio da boa-fé impede que um Estado alegue norma de direito interno como pretexto ao descumprimento das normas internacionais convencionadas em vigor.

Em consequência do princípio *pro homine* e da análise anteriormente realizada do bloco de constitucionalidade, o único entendimento lógico é o de há a integração imediata dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento interno, não sendo relevante o quórum qualificado de aprovação. A busca é pela prevalência dos direitos humanos e pela proteção dos sujeitos de direitos.

²⁸⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas de Ius Cogens e Princípio Pro Persona. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Coords.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodium, 2018. p. 107.

²⁸⁹ PINTO, Monica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Ediar/Centro de Estudios Legales y Sociales/ Editorial del Puerto, 1997. p. 163.

O controle jurisdicional de convencionalidade das leis no Brasil assume duas modalidades: controle difuso e controle concentrado. No controle difuso de constitucionalidade, o julgador assume a obrigação de realizar o controle de convencionalidade quando uma lei interna, ainda que compatível com o texto da Constituição Federal, viole um tratado de direitos humanos, sendo esta menos benéfica.

Em se tratando do controle de convencionalidade concentrado das leis, este apresenta por requisito que os tratados de direitos humanos hajam sido incorporados ao direito brasileiro segundo a regra do artigo 5º, § 3º, da Constituição.

Cumpra observar que aprovado o tratado de direitos humanos pelo quórum qualificado, este será formalmente constitucional, sendo paradigma do controle concentrado de convencionalidade, visto que a Emenda Constitucional nº 45/2004 também permite a inclusão dos instrumentos internacionais sob o abrigo da Constituição Federal, por determinação do seu artigo 102.

A esse respeito, vale observar a doutrina de Valerio Mazzuoli, que assevera que o direito estando previsto “em tratado de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber no STF o controle concentrado de convencionalidade (v.g., por meio de ADI) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado”²⁹⁰.

Dá-se então a invalidação *erga omnes* das leis que compõem o direito interno e que sejam conflitantes com as normas protegidas nos tratados de direitos humanos. Não se caracteriza a situação do controle de constitucionalidade, mas de controle de convencionalidade, haja vista o objeto de controle versar sobre tratado internacional com conteúdo de direitos humanos.

Após a classificação do controle jurisdicional de convencionalidade das leis em difuso e concentrado, resta demonstrar quais os instrumentos jurídicos aptos para tanto. Tem-se que em sendo o objeto do controle de convencionalidade tratado com conteúdo de direitos humanos, torna-se admissível a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade com a atribuição de invalidar *erga omnes* a norma infraconstitucional, por ser esta manifestamente inconveniente; da Ação Declaratória de Constitucionalidade, para a promoção da garantia da compatibilidade vertical da norma infraconstitucional com tratados de direitos humanos formalmente constitucionais; e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a

²⁹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149.

possibilitar o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

As ações apontadas encontram suporte não mais com exclusividade no texto constitucional, mas também nos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Pensando em uma necessária adaptação da nomenclatura das ações, Valério Mazzuoli²⁹¹ propõe que a Ação Direta de Inconstitucionalidade transmute-se em Ação Direta de Inconvencionalidade; por sua vez, ter-se-ia a Ação Declaratória de Convencionalidade quando não houver incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e o texto do tratado de direitos humanos formalmente incorporado ao texto da Constituição; no mesmo sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria garantidora de preceito fundamental presente num tratado de direitos humanos violados por normas de direito interno.

Confere-se competência ainda ao Supremo Tribunal Federal para reconhecer a inconvencionalidade por omissão, resultado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, que poderá ser proposta sempre que faltar lei interna necessária a conferir efetividade a uma norma convencional formalmente constitucional. A providência seguinte é a obrigação do Poder competente, e até então omissor, de adotar as medidas necessárias para suprir a citada omissão. Em se tratando de órgão administrativo, deve fazê-lo em 30 (trinta) dias.

Anote-se também a possibilidade do manejo de mandado de injunção em havendo omissões legislativas que tornem impossível o exercício de um direito ou liberdade presente em tratado de direitos humanos internalizado como formalmente constitucional, por disposição do artigo 5º, inc. LXXI, que assim reza: “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades *constitucionais* e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Por fim, o controle de convencionalidade busca a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados no direito interno com o quórum qualificado. Deve tal controle ocorrer por via difusa, examinado de ofício, pelo juiz em qualquer caso *sub judice*; como também de maneira concentrada, através de ação direta manejada no Supremo Tribunal Federal.

Os tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado passam a servir de meio de controle concentrado de convencionalidade das normas de direito interno,

²⁹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 162.

para além de servir como paradigma para o controle difuso. Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo quórum qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade²⁹².

Até então, discutiu-se a invalidade da norma considerada inconvençional, sendo de igual relevo destacar que a interpretação da norma também pode ser objeto do controle de convencionalidade, desde que realizada a conformação do significado das normas à expectativa de proteção dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse caso, não haveria invalidação da norma, mas adequação da sua interpretação.

Por derradeiro, somente para fins de esgotamento do tema, considerando que a atribuição do controle de convencionalidade é de competência de todos os poderes do Estado, cabe apresentar de forma superficial o controle exercido pelo Legislativo e pelo Executivo, haja vista não ser o cerne da pesquisa.

Quanto ao controle legislativo, este deve ser exercido no momento da tramitação das normas no Congresso Nacional e no Senado Federal, com vistas a rejeitar os projetos de leis inconvençionais, mesmo que sejam considerados constitucionais, porém menos benéficos em sua aplicação *pro homine*. No tocante ao controle executivo da convencionalidade, este ocorre no momento do exercício do veto aos projetos de lei manifestamente inconvençionais, sendo de competência também da administração pública.

Como já explanado, o que se defende é que o Estado brasileiro, considerando seus poderes, posicione-se em obediência aos compromissos internacionais assumidos, respeitando os tratados dos quais se tornou signatário, operando como fiscal na aplicação dos citados tratados em vigor, a fim de garantir a proteção dos direitos humanos, em respeito à dignidade humana fundamental.

A partir dessa expectativa, no próximo tópico se tratará do controle de convencionalidade jurisdicional na modalidade difusa, em razão da Convenção de Haia de 1980, sobre os aspectos civis da subtração internacional de crianças.

4.4 A aplicação no Brasil do controle difuso de convencionalidade da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração interparental de crianças

²⁹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164.

O controle de convencionalidade, como explanado, limita-se ao paradigma dos tratados internacionais de direitos humanos. Propondo-se o controle de convencionalidade difuso da Convenção de Haia de 1980, o primeiro ponto de discussão encontra seu fundamento na averiguação da natureza jurídica da norma internacional em debate.

A questão já fora enfrentada no capítulo primeiro da presente pesquisa, restando evidente, após uma incursão histórica sobre a proteção das crianças em âmbito internacional, que a Convenção de Haia sobre os aspectos civis da subtração de crianças adquire o *status* de tratado de proteção de direitos humanos. Vale reprimir a opinião de Natalia Martins²⁹³, que defende a classificação da Convenção de Haia de 1980 como tratado de direitos humanos, já que resulta da Convenção da ONU de 1989 sobre direitos das crianças.

Verificando ainda o processo de universalização do direito internacional dos direitos humanos e a aplicação do princípio *pro homine*, resta cristalino que a proteção da criança enquanto sujeito de direito no cenário internacional situa a Convenção de Haia no cenário normativo como instrumento garantidor de um direito humano específico: a proteção ao direito das crianças à convivência familiar.

Portanto, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos o padrão de construção dos demais textos normativos internacionais que tratam do tema, e demonstrada a inspiração para a produção da Convenção de Haia, nada mais lógico inferir que tal normativa convencional também segue a trilha de instrumento de consagração dos direitos humanos fundamentais.

De forma inequívoca, o conteúdo da Convenção de Haia de 1980 carrega em si a proteção dos direitos humanos, pontualmente das crianças, visando à prevenção e ao combate à subtração internacional dos infantes, com a determinação do seu retorno ao país de residência habitual e a garantia do respeito à convivência familiar e comunitária, como também em observância à liberdade e à dignidade.

Ademais, cumpre destacar que o procedimento de inserção da Convenção de Haia no ordenamento jurídico brasileiro se deu na forma de norma constitucional, ainda que não seja formalmente considerada, pois o Estado brasileiro possui um bloco de constitucionalidade e, portanto, suas normas constitucionais não se resumem à Constituição Federal de 1988, mas compreendem um conjunto de atos normativos esparsos.

²⁹³ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 57.

Torna-se evidente a possibilidade da formação do bloco de constitucionalidade brasileiro também pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, porém com a observação do Supremo Tribunal Federal de que só terão essa hierarquia quando aprovados nos moldes do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Demonstrada a natureza jurídica de direitos humanos da Convenção de Haia de 1980, com *status* de norma materialmente constitucional, o texto em destaque é passível do controle difuso de convencionalidade, objetivando o cumprimento do tratado internacional ratificado pelo Brasil e a efetividade do direito humano fundamental nele consagrado.

Destacam-se na proposição do controle de convencionalidade da Convenção de Haia de 1980 os seguintes pontos: a morosidade quanto aos procedimentos judiciais para a solução dos conflitos relativos ao subtração internacional de crianças e a interpretação do princípio do melhor interesse da criança. Ressalta-se ainda a ausência de regulamentação do tratado no direito interno.

Registre-se que o Brasil, até o presente momento, não promoveu a regulamentação da Convenção de Haia por meio de legislação interna, situação esta que dificulta sua efetiva aplicação. Como apontado, os maiores problemas para o correto cumprimento da Convenção são o decurso do tempo entre a subtração da criança e a sua devolução via acordo ou decisão judicial final.

No mais, em total descompasso com o preceito fundamental da Convenção, ainda se observam casos de não devolução, amparados nas exceções previstas no texto do tratado internacional, porém utilizadas de forma ampliada, sem critérios e sob o pretexto de atendimento ao princípio do superior interesse da criança.

Mostra-se necessário e urgente o controle de convencionalidade, já que se faz impossível o controle da Convenção via Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão, pois que não fora aprovada internamente como formalmente constitucional.

O que se deve buscar é a celeridade processual preconizada pela Convenção e o respeito aos limites trazidos nas cláusulas de exceção. A celeridade processual é uma forma de proteção da criança, pois em se decidindo pelo retorno ao seu país de residência habitual ou pela permanência dela no país de refúgio, atende-se ao objetivo da Convenção.

Para tanto, providências estatais com vistas a um procedimento judicial uniformizado para o trato das demandas que versem sob a subtração internacional de crianças são prementes para a adequação do trâmite processual à concretização do direito protegido pelo texto da Convenção de Haia de 1980.

Para Canotilho²⁹⁴, o direito fundamental material deve guardar conexão com o procedimento, devendo este ser capaz de assegurar a efetividade do direito protegido.

Ao tratar sobre direitos humanos, é importante lembrar que o processo deve atentar para o plano de direito material, se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas²⁹⁵. Há de ser considerada a dinamicidade do direito material e sua capacidade de traduzir a realidade social, bem como apontar os institutos necessários à sua proteção.

Diante de tal realidade, a conexão dos tratados e convenções internacionais ao ordenamento jurídico pátrio implica importante revolução na direção da efetividade dos direitos fundamentais e também da realização da justiça.

Na mesma esteira de pensamento, o artigo 13 do diploma processual civil brasileiro prevê que “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais, de que o Brasil seja parte”.

Na interpretação de Cássio Scarpinella Bueno²⁹⁶, o artigo mencionado trata de forma incomum de um processo civil agora influenciado por outras fontes, deixando de pertencer com exclusividade ao Código de Processo Civil a tarefa de regular o direito instrumental brasileiro.

O excesso de prazo para a apreciação dos casos envolvendo a subtração internacional provocou reclamação formal contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão internacional responsável pelo recebimento de reclamações quanto ao descumprimento da Convenção de Haia de 1980 no que se refere aos países da América Latina e Caribe. O Brasil foi acusado de *non-compliance* da Convenção, especificamente no caso do argentino Alejandro Daniel Esteve, Relatório de Admissibilidade nº 173/11 (OAS, 2011).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH já externou sua intolerância em relação ao excesso de prazo, pronunciando-se nos seguintes termos:

El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (Fornerón e hija c. Argentina”, 27/4/2012; Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, 21/0/2002 y González Medina y familiares vs. República Dominicana, 27/2/2012).

²⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Tópicos sobre um curso de mestrado sobre direitos fundamentais:** procedimento, processo e organização. Coimbra: Almedina, 1990. tópico 2.2.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30.

²⁹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51.

Ainda, vale ressaltar que os casos de negativa de devolução das crianças fundamentam-se na adaptação destas no país de refúgio, situação causada na maioria das vezes pela demora quanto à solução das demandas. É inequívoca a existência de um perigo de dano, sendo necessário o cumprimento rápido e efetivo da normativa internacional em debate.

A gravidade da situação resultante da falta de celeridade pode ser traduzida em dano emocional e psíquico às crianças, prejudicando o seu futuro desenvolvimento e, por vezes, tornando-as pessoas incapazes de estabelecer e manter vínculos afetivos²⁹⁷.

É primordial que as exceções tenham uma interpretação restritiva e que o retorno da criança seja impedido somente no caso de existência de risco extraordinário que atinja a sua incolumidade física e psíquica, sem deixar ao arbítrio do julgador a decisão acerca da inadaptação da criança em caso de retorno. Estar-se-ia, assim, a negar a vigência do artigo 12 da Convenção de Haia de 1980²⁹⁸.

A Convenção estabelece como prazo razoável seis semanas para o processamento do pedido e a resposta judicial ou extrajudicial ao caso, conforme disposto em seu artigo 11. Por conseguinte, a falta de celeridade para a solução dos casos à luz da referida Convenção já conta com registro de reclamação na Corte Corte Interamericana de Direitos Humanos, situando o Brasil no contexto internacional como país descumpridor do compromisso internacional assumido, e em consequência, do direito humano fundamental protegido.

O controle difuso de convencionalidade nasce como proposta para que os magistrados de todo o país possam exercê-lo e para declarar a inconvencionalidade em razão do cumprimento da Convenção de Haia de 1980, principalmente no que concerne ao excesso de prazo com a demora da solução da demanda de subtração interparental internacional, ante a inexistência de processamento uniforme e especial para fins de procedimento judicial dos pedidos de devolução de crianças ao seu país de residência habitual²⁹⁹.

Quanto ao exercício do controle de convencionalidade e a interpretação do tratado,

²⁹⁷ GOLDSTEIN, Joseph et al. **The Best Interest of the Child**: the least detrimental alternative. Nova York: Free Press, 1996. p. 19.

²⁹⁸ FREITAS, Luiz Carlos de; GENTILE, Giampaolo; VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. Do (des)cumprimento das regras da Convenção de Haia pelo Estado Brasileiro Relativas à imediata restituição de criança: das dificuldades enfrentadas para a obtenção da tutela de urgência no processo de busca, apreensão e restituição de criança. In: LORENCINI, Bruno César (Org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: Liber Ars, 2018. p. 97.

²⁹⁹ GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças como paradigma de controle difuso de convencionalidade no Brasil**. Revista da AGU, Brasília – DF, v. 18. n. 1. p. 337-368, jan./mar. 2019, p. 363.

opina Natalia Martins³⁰⁰:

Se, de um lado, o juiz que decide uma demanda desta natureza está se pronunciando sobre uma lei interna – uma vez que a Convenção de Haia de 1980 foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, um aspecto da legislação doméstica do país –, ao mesmo tempo o mesmo juiz está engajado no exercício e desenvolvimento do Direito Internacional, já que o tratado é, por si, a materialização desse direito.

O que se espera com o controle de convencionalidade da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças é a solução das situações de violações que até então têm impedido a efetividade da Convenção. Entre as violações apontadas, destaque-se novamente o descumprimento do prazo preconizado pela Convenção e a interpretação equivocada do princípio do superior interesse da criança, evidenciando a necessidade da tomada de providências com fins de implementação de ferramenta e/ou procedimentos suficientes para a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Quanto a este ponto, Natalia Martins³⁰¹ defende a uniformidade da aplicação da Convenção de Haia de 1980, considerando que o alcance de tal pretensão ocorre com a atuação dos julgadores nacionais, que devem atuar observando

os princípios hermenêuticos que focam no objeto e os objetivos da Convenção de Haia de 1980 e evitar combinações dos Direitos de Família domésticos com o Direito desenvolvido no contexto de um tratado; fazer uso dos “trabalhos preparatórios” na determinação do objeto e propósitos da convenção; ter contato com os casos decididos em outros países, em especial por intermédio do Banco de Dados da Conferência de Haia – INCADAT; tratar a jurisprudência desenvolvida nos órgãos julgadores dos demais Estados-Parte como relevantes precedentes na hermenêutica do tratado.

Trata-se da busca para a aplicação da Convenção em consonância com os seus objetivos, cumprindo seu preceito fundamental e evitando-se a interpretação equivocada ou tendenciosa das exceções previstas no texto da norma internacional e, por consequência, proporcionando seu cumprimento com celeridade.

O ponto central da discussão aqui proposta é superar o desafio da efetivação pelos sistemas jurídicos internos das normas contidas nos tratados internacionais, o que proporciona o debate sobre os meios suficientes para a promoção da defesa dos direitos humanos no seio do ordenamento jurídico interno dos Estados. Portanto, mostra-se cogente a disponibilização

³⁰⁰ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 105.

³⁰¹ MARTINS, Natalia Camba. **Subtração internacional de crianças**: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças – interpretação judicial da adaptação da criança. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 131.

de instrumentos concretos de tutela desses direitos, ajustando a legislação interna à realidade do direito material e da sociedade internacional.

Para a uniformização da ordem interna dos países às normas inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos, o controle de convencionalidade cumpre a função de adequação das normas, efetivando a unicidade do direito interno com o Direito Internacional, na promoção dos direitos humanos fundamentais.

No caso específico da Convenção de Haia de 1980, o controle de convencionalidade difuso é o instrumento apto para a proteção dos direitos humanos ali elencados. Deve, numa perspectiva prática, apontar soluções para a excessiva demora que se mostra comum aos processos envolvendo a subtração ou a retenção ilícita de crianças, o que, por sua vez, leva o magistrado a considerar a demora como fator de adaptação da criança, interpretando o princípio do melhor interesse da criança, nesses casos, como a sua permanência no país de refúgio.

Desta forma, como atribuição do Poder Judiciário brasileiro no julgamento dos casos pertinentes à subtração internacional e/ou retenção ilícita de crianças, deve este órgão promover o controle difuso de convencionalidade, conferindo efetividade à norma internacional da Convenção de Haia de 1980.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado de uma sociedade transformada a partir das inovações inerentes à evolução histórico-social, observa-se uma nova forma de configuração familiar que foge aos padrões patriarcais antes estabelecidos.

Toda a facilitação de comunicação, transporte e acesso a tecnologias faz surgir no contexto internacional um número maior de relacionamentos amorosos marcados pela instabilidade. Resultam tais relações em filhos de ex-casais compostos por genitores de nacionalidades diferentes, surgindo então o problema objeto de regulação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças.

Afastada a terminologia sequestro, uma vez que não se mostra a mais adequada, o que a Convenção descreve como conduta ilícita é, na verdade, a subtração ou a retenção de criança em país diverso do que fora criada e possui um convívio familiar e comunitário regular. Ou seja, o local de sua residência habitual.

Desta forma, um dos genitores ou algum parente priva a própria criança e o outro genitor e os demais familiares do convívio que lhes seria natural e tido por contribuição imprescindível para a formação do caráter do infante em questão, bem como proporcionador da evolução da criança à fase adulta com total respeito à sua dignidade.

Apesar da falta de dados que oferecessem com maior consistência informações acerca do número de casos de subtração parental ocorridas no Brasil, fornecidos pela base de dados do INCADAT, a análise de aspectos procedimentais da Convenção com base em jurisprudências dá conta de que sua executoriedade não se apresenta satisfatória.

Percebe-se que a regulação sugerida não é capaz de impedir ou inibir a prática da conduta ilícita repudiada pela Convenção. Informação fornecida no sítio da internet da Advocacia-Geral da União – AGU que no Brasil faz as vezes de Autoridade Central, enfatiza o aumento do número de casos e apresenta perspectivas futuras nesse sentido.

Ao se perceber o perfeito enquadramento do convívio familiar como bem jurídico, aliado aos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, apresentou-se a

proposta da utilização da técnica do controle de convencionalidade na modalidade difusa, ancorado no artigo segundo da Convenção de Haia de 1980 como forma de proteção eficaz de bem jurídico dessa relevância.

A justificativa para tanto se encontra no fato de a necessidade da proteção do direito material do retorno imediato ser efetivamente observada como fator preventivo, a fim de inibir tal prática, pois o que se demonstra dos casos analisados é que o genitor ou parente que a comete por vezes é “premiado” por tal ilícito devido a morosidade na resolução dos casos, oportunidade em que se aplicam as exceções previstas na Convenção. Quase sempre o paradoxo da criança adaptada serve de fundamento sob o viés do princípio do melhor interesse da criança.

Ainda merece menção a interpretação subjetiva por parte do julgador acerca do princípio do melhor interesse da criança, quando se depara com o caso concreto, oportunidade em que a solução da demanda em muitas das vezes se dá com a opção pela aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal, em detrimento da Convenção de Haia de 1980, resolvendo-se, inclusive, o direito de guarda, em desobediência à própria Convenção e à segurança jurídica que deve existir nas relações internacionais.

A criança como principal destinatária da proteção da Convenção sofre todo o prejuízo resultante da conduta ilícita contra si praticada, uma vez que não consegue retornar ao estado original quando sofre danos de cunho moral e psicológico. Ademais, há os casos que resultam em alienação parental e a lesão causada se apresenta de maior profundidade.

Por todas as questões que afetam diretamente a criança quando da prática da conduta ilícita de sua subtração e/ou retenção e pela falta de um cuidado maior na proteção da infância, a Convenção em enfoque necessita de reformulação quando da sua aplicação, nomeadamente a inclusão de procedimentos processuais especiais com vistas a inibir o excesso de prazo e a correta utilização das exceções, condutas que se apresentam por demais danosas.

Como dito, a necessidade de avaliar as exceções ao retorno imediato da criança provoca a decisão de produção de provas com o prolongamento do processo, que conseqüentemente inviabiliza a decisão em favor do retorno imediato da criança ao país de residência habitual. O critério da imediatividade estaria atendido se a demanda fosse solucionada no prazo estipulado pela Convenção.

Instala-se uma necessária contradição ao se analisar os casos concretos mediante produção probatória, uma vez que de forma involuntária a criança acaba adaptando-se ao país de refúgio, como resultado do tempo passado. Constitui tendência dos julgados demonstrados

e trazidos como anexo decidir pela manutenção da criança no país para onde foi subtraída e mantém-se ilicitamente retida sob a motivação de atendimento do seu melhor interesse.

Como efeito prático, a demora da decisão quase que em regra influencia negativamente para a apreciação do pedido de retorno à residência habitual da criança. Ausente a regulamentação da Convenção pelo direito interno, não havendo procedimento especial para a aplicação da Convenção, principalmente quanto ao seu trâmite judicial, e tampouco fixação de entendimento jurisprudencial quanto a correta utilização das exceções e à interpretação do superior interesse da criança, observa-se a tramitação conforme as regras do processo ordinário previsto no Código de Processo Civil. Isso ocasiona evidentes prejuízos quanto ao cumprimento do prazo previsto de seis semanas pelo texto da Convenção para a conclusão do processo.

Há o flagrante desrespeito ao princípio do juízo natural para a decisão da guarda da criança. Deveriam, os processos envolvendo a Convenção de Haia de 1980, ser tratados como especiais, já que a demanda a ser solucionada tem crianças como interessadas, e porque também trazem um elemento de conexão de origem internacional que se traduz exatamente no respeito ao juízo natural. Destarte, fazem jus a uma tramitação especial, prevista em lei especial ainda não regulamentada pelo direito brasileiro como já pontuado.

Não havendo regulamentação própria e necessária à aplicação da Convenção, por vezes, a discricionariedade dos magistrados e a subjetividade das interpretações recaem no descumprimento do tratado internacional. Imperioso que se observe o artigo segundo da Convenção, que recomenda a tomada de medidas apropriadas que visem assegurar, nos territórios dos países signatários, a concretização dos objetivos da Convenção. Da mesma forma, o artigo 11 trata da adoção de medidas de urgência com vistas ao retorno da criança.

Ao se falar em medidas de urgência para o retorno imediato, exclui-se a possibilidade da realização de diligências, a menos que se façam realmente presentes as situações elencadas como exceções. Caso contrário, estar-se-ia flagrantemente descumprindo a Convenção, tomando o julgador brasileiro para si a atribuição de juízo natural, decidindo a guarda. É essa a situação que se procura evitar como propósito do presente estudo.

Os limites de atuação do juiz brasileiro, ou seja, quando for país de refúgio, consistem em tão somente decidir se houve ou não subtração internacional e a retenção ilícita. Em caso positivo, deve decidir pelo retorno imediato da criança, exceto quando houver a discussão de uma das exceções ao retorno, quando cumpre analisar se essas são comprovadamente aplicáveis.

Dos julgados analisados e acostados, percebe-se que a permanência da criança no Brasil é a decisão mais corriqueira, fundamentada no bem-estar da criança, resultado da interpretação do princípio do melhor interesse. Conclui-se pelo descumprimento da Convenção de Haia de 1980.

O principal objetivo desta tese é a contribuição para a discussão da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis da subtração internacional de crianças, fomentando a necessidade de reflexão sobre temática tão pouco explorada em nossa doutrina. Pontualmente, a presente pesquisa buscou contribuir para o debate sobre a aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil, analisando o histórico de proteção da criança nos âmbitos internacional e nacional, demonstrando os mecanismos de cooperação judicial internacional e observando as questões que impedem a efetividade da Convenção, para, ao final, propor a recomendação do controle de convencionalidade difuso deste tratado que é classificado como de direitos humanos.

A decisão pelo não retorno da criança ao seu país de residência habitual, quando alegada algumas das exceções da Convenção, deve levar em conta riscos reais, comprovados e atuais. Caso contrário, determina-se a desnecessária produção de provas, ao arripio da Convenção de Haia de 1980, com a finalidade de comprovar se a criança estaria adaptada ou não ao novo meio, país de refúgio. Ainda, tal conjunto probatório produzido unilateralmente não analisa se as autoridades do local de residência habitual da criança estão aptas ou não à efetivação da proteção de seus direitos.

O que se percebe dos julgados colacionados ao presente trabalho é a ocorrência do alargamento do conceito de grave risco. Esse comportamento do Judiciário brasileiro, revelado pela interpretação que fundamenta os julgados, vai de encontro à normativa internacional. É prerrogativa exclusiva do juiz natural competente a decisão sobre a guarda da criança, sendo este o juízo da sua residência habitual. Cabe ao país de refúgio tão somente a produção de provas, quando versar sobre exceção realmente comprovada à Convenção de Haia de 1980.

Necessário que se estabeleçam parâmetros para a interpretação dos tratados no Judiciário brasileiro, a fim de que não se relativize o direito por este protegido, desconsiderando as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. Facilmente os argumentos das sentenças distorcem o verdadeiro sentido do princípio da proteção do melhor interesse da criança, quando, na verdade, a discricionariedade do magistrado nega a aplicação da Convenção de Haia de 1980 em favor do genitor que pratica a subtração internacional.

No mais, o princípio do melhor interesse da criança também é utilizado como argumento pelos juízes para justificar a dilação do prazo de seis semanas, previsto na Convenção. Ainda que os casos concretos exijam interpretação específica, não se pode olvidar o texto da Convenção e o contexto da subtração internacional. Tampouco se pode utilizar do princípio do melhor interesse da criança como licença interpretativa da Convenção de Haia de 1980, permitindo aos julgadores o seu deliberado descumprimento.

Nesse contexto, em busca da obtenção de uma célere prestação jurisdicional e da permissão da produção de provas apenas quando houver alegação comprovada ou fortes indícios de haver aplicação das exceções, propôs-se no presente trabalho a utilização da técnica do controle de convencionalidade difuso da Convenção de Haia de 1980.

Atualmente, a jurisprudência brasileira é desarmônica em relação ao texto da Convenção de Haia de 1980, o que acaba estimulando o ilícito internacional. O grave risco ou a situação intolerável no retorno da criança deve ser interpretado restritivamente, significando uma situação extrema, no país de residência habitual, como uma guerra civil, um genocídio ou uma invasão estrangeira, ou até a real impossibilidade de exercício da paternidade por parte do requerente do retorno imediato, por estar seriamente enfermo ou preso.

A subtração internacional configura, por si só, ato de alienação parental, desrespeitando o princípio do melhor interesse da criança e neste caso, o seu direito à convivência familiar e comunitária. Não sendo justo a criança sofrer um segundo desrespeito aos seus direitos quando se constatar o indeferimento do seu retorno sem justificativa suficiente.

Em relação à aplicação da Convenção de Haia de 1980, é preciso que se reduza a discricionariedade dos juízes ao avaliar as questões de fundo relacionadas ao pedido de retorno imediato, medida que equilibraria a jurisprudência nacional em relação à aplicação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil.

O desafio da efetivação pelos sistemas jurídicos internos das normas contidas nos tratados internacionais proporciona o debate sobre os meios suficientes para a promoção da defesa dos direitos humanos no seio do ordenamento jurídico interno dos Estados. Como dito no último capítulo, é preciso instrumentalizar meios concretos para a tutela dos direitos protegidos pela Convenção de Haia de 1980, ajustando a legislação interna à realidade do direito material e da sociedade internacional.

Como sugestão para a uniformização do ordenamento jurídico brasileiro às normas inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos, o controle de convencionalidade

cumpra a função de adequação das normas, efetivando a unicidade do direito interno com o Direito Internacional, na promoção dos direitos humanos fundamentais.

Em conclusão ao presente trabalho, observa-se que o controle de convencionalidade difuso da Convenção de Haia de 1980 se mostra como meio de proteção do direito das crianças à convivência familiar, sendo este o verdadeiro núcleo do princípio do melhor interesse da criança em se tratando de subtração e/ou retenção ilícita.

A efetividade da Convenção carece de medidas práticas para a solução da excessiva demora, comum aos processos envolvendo a subtração ou a retenção ilícita de crianças, culminando com a não devolução da criança, resultado da interpretação do magistrado que considera a criança adaptada, dado o transcurso do tempo.

Por tal motivo, deve o Poder Judiciário brasileiro, quando da análise dos casos envolvendo a subtração internacional e/ou retenção ilícita de crianças, promover o controle difuso de convencionalidade, conferindo efetividade à norma internacional da Convenção de Haia de 1980.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise. **Análise da Coexistência entre a Carta Rogatória e auxílio direto na Assistência Jurídica Internacional**. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional. Secretaria de Cooperação Internacional, Brasília: MPF, 2015.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBUQUERQUE, Catarina de. **Os direitos das crianças em Portugal e no mundo globalizado – o princípio do superior interesse da criança**. In: MONTEIRO, A. Reis; LEANDRO, Armando Gomes; ALBUQUERQUE, Catarina de. [et. al.]. *Direitos das Crianças*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (coord.) Rivera Lourdes Wills. ***La incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa in Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia***. Barcelona: Editorial Bosch, 2009.

ALEXY, Robert. ***Derecho y Razón Práctica***. México, Fontamara, 2010.

ALEXY, Robert. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Editora Malheiros, São Paulo, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos** – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AMIN, Andréia Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 2017.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. Uniformização de procedimentos judiciais relativos aos aspectos civis sobre o subtração internacional de crianças como medida de efetivação da Convenção de Haia de 1980 no Brasil. *In*: LORENCINI, Bruno César (org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: LiberArs, 2018.

ARAÚJO, Nádia de. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional**, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1. ed. Brasília, 2008.

ARAÚJO, Nádia. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 1. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

ARAÚJO, Nádia. **A Importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional**. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça, 2008.
Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/arquivos/manual_coop_penal.pdf. Data de acesso: 3 de março de 2019.

ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela. Comentário ao RESP 1.239.777: O dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de menores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. V. 14, p. 117-137, 2012.

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. **A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos – sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. Ed., revista, Malheiros, 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. Ministério da Justiça, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, Brasília, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Infância e democracia. Apud Infância, lei e democracia na América Latina**. Blumenau: Edifurb. v. 1. 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BEAUMONT, Paul R.; McELEVAY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. New York: Oxford University Press, 1999.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional e os desafios da governança: para onde podemos avançar**. Ver. Cooperação em Pauta, nº 40, ISSN 2446-9211.

BELOFF, Mary; MENDEZ, Emílio Garcia. **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança. 1990-1998**. Blumenau: Ediurb, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, Malheiros, 2. ed, atualizada e ampliada, 2008.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. http://www.pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuação-e-conteúdos-deapoio/legislação/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 9 de abril de 2019.

BRASIL, **Convenção de Haia Comentada**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaohaiaconteudotextual/anexo/textodaconvencao.pdf>. Acesso em: 3 de janeiro de 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional**. Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Matéria Civil. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional**. Secretaria Nacional de Justiça, 2008.

BRASIL, Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral da União. **Combate à Subtração Internacional de Crianças. A Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Subtração Internacional de Crianças**. Brasília: AGU/PGU, 2011.

BRASIL, Palácio do Planalto. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 9.176. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm Acesso em: 6.1.2019.

BRUCH, Carol S. The Central Authority's Role Under the Hague Child Abduction Convention: a Friend in Deed, in **Family Law Quartely**, vol. 28, n. 1, Special Issue on International Family Law (Spring 1994).

BRUÑOL, Miguel Cillero. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. Justicia y derechos del niño, n. 1. Santiago de Chile, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo, Saraiva, 2015.

BUERGENTHAL, Thomas. International human rights. Minnesota: West Publishing, 1998, p. 30-31. *apud* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo, Ed. Max Limonad, 2003.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção. Categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. Curitiba, Editora Juruá, 2010.

CALMON, Guilherme; TIBURCIO, Carmen. **Subtração Internacional de Crianças. Comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo, Atlas, 2014.

CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. **A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação**. Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017. Disponível em <http://www.rdhb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/428>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, 1992.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Tópicos sobre um curso de mestrado sobre direitos fundamentais: procedimento, processo e organização**. Coimbra, Almedina, 1990, tópico 2.2.

CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CÉSPEDES, Lívia; PINTO, Antônio de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva. São Paulo, Saraiva, 2011.

CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. **Normas de Ius Cogens e Princípio Pro Persona**. In: MAIA, Luciano Mariz;

LIRA, Yulgan (coords.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador, Juspodium, 2018

Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2017.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 29 de março de 2019.

Convenção sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças. Disponível em: <http://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-ac47-463cb1e7cbd.pdf>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus direitos fundamentais**. São Paulo, Editora do Advogado, 2012.

COSTA. Antônio Carlos Gomes da. **A mutação social. Brasil criança urgente**. A Lei nº 8.069/90. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais**. São Paulo, Malheiros, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaração_dos_Direitos_da_Criança.pdf (Acesso em: 18 de novembro de 2018).

DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional. A criança no direito internacional privado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

FALBO, Ricardo Nery. **Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8. ed, rev. e atual. Salvador, Juspodium, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *In*: SILVA, José Antonio Ribeiro (org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**. Vol. 1, parte geral. Arts. 1º ao 317, São Paulo: LTr, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Juliette Marie Marguerite Robichez. **A aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtraçãointernacional de crianças de 1980: perspectivas brasileiras**. Ciente-Fico.com (Impresso), v. 1, 2013, p. 28-40, p. 13. Disponível em:

<http://revistacientefico.devrybrasil.edu.br/cientefico/article/view/52/48>. Acesso em: 8 de junho de 2018.

FIALHO, Antônio José (coord.). **A Mediação nos Conflitos Familiares Transfronteiriços**. Coleção Caderno Especial. Lisboa. Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 18. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_MediaçãoConflitosTrans.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo, Malheiros, 2016.

FLÓREZ-VALDÉS, J.A. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1990.

FRANCO, Ferrari (Ed.) **Forum Shopping in the internacional comercial arbitration contexto**. Munich: Sellier European Law Publishers (SELP), 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, parte especial: arts. 121 a 160 do CP**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Luiz Carlos de; GENTILE, Giampaolo; VERGUEIRO, Luiz Fabrício Thaumaturgo. **Do (des)cumprimento das regras da Convenção de Haia pelo Estado Brasileiro Relativas à imediata restituição de criança – das dificuldades enfrentadas para a obtenção da tutela de urgência no processo de busca, apreensão e restituição de criança**. In: LORENCINI, Bruno César (org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo, Liber Ars, 2018.

GOLDSTEIN, Joseph et alii. **The Best Interest of the Child: the least detrimental alternative**. Nova York: Free Press, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional humanista**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

Guide to good practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International child Abduction. Part I – Central Authority Practice, 2003.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças como paradigma de controle difuso de convencionalidade no Brasil**. Revista da AGU, Brasília – DF, v. 18. n. 1. p. 337-368, jan./mar. 2019.

HENRIQUES, Célia Regina. **Trabalho e família: o prolongamento da convivência familiar em questão**. Paidéia, 2006.

HUNGRIA, Nelson apud BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

LETO, Marisa. Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention. **Chicago Journal of International Law**, 2002, vol. 3, n. 1, article 22. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil.vol3/iss1/22>. P. 247. Acesso em: 29 de maio de 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIGUORI, Carla; SILVA, Denise Vital e. In: LORENCINI, Bruno César. **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo: LiberArs, 2018.

LIMONGI, Carlos José Sterse. **Tratados, Convenções Internacionais – Evolução Histórica, Social, Legislativa – Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente na Legislação Brasileira (CF e ECA)**. Escola Superior da Magistratura – ESMEG, 2014/2016.

LORENCINI, Bruno César (org.). **A subtração internacional de crianças e sua tutela no Brasil**. São Paulo, Liber Ars, 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad; el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: Alejandro Saiz Arnaz e Mac-Gregor (coords.). **Control de Convencionalidad, Interpretación Conforme y Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa**. México, Porrúa-UNAM, 2012.

MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de Convencionalidade: temas aprofundados**. JusPodium, Salvador, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do subtração internacional de crianças: interpretação judicial da adaptação da criança**. 1. ed., CRV, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elsa de. Subtração Internacional de crianças fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **Revista dos Tribunais**. RT, v. 104, n. 954, p. 239-254, abr. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.37, n. 147, jul./set. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da Convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **A jurisdição no Estado Constitucional**. Revista Direito e Justiça – Reflexões Sociojurídicas. Ano XVI, nº 26, abril, 2016

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1976.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal. *In*: AMARAL JUNIOR, Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados internacionais no Brasil. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do seqüestro internacional de crianças (Haia, 1980). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1.082, 18 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=8517>>. Acesso em: 24 de maio de 2016.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, V. 2.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo *in* Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). **Los textos de la Revolución Francesa in História de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid: Dykinson, 2001.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **A Cooperação Jurídica Internacional do Novo Código de Processo Civil**. Ver. CEJ, Brasília, Ano XIX, nº 67, set./dez. 2015.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. **Controle de Convencionalidade na via concentrada**. *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de Convencionalidade: temas aprofundados**. JusPodium, Salvador, 2018.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGEIRO, Ricardo. Cooperação Jurídica Internacional. **In: O Direito Internacional Contemporâneo**. (Org.). Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ-VERA, Elisa, **Explanatory Report da Convenção**. Disponível em: <http://www.hcch.net/index.cfm?act=search.detail&cid=467&Ing=1&sl=2>> Acesso em: 27 de março de 2019.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo, ED. Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos** – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Preliminary Document n. 8, of October 2006, for the attention of the Fifth meeting of the Special Commission to review the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague, 30 October – 9 November 2006), draw up by Phiipe Lortie, First Secretary. Disponível em: <http://www.hcch.net>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional**. Rev. Fac. Direito Universidade de São Paulo, v. 108, p. 621, jan./dez. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: RT, 1991.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Amais, 1997.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz. **A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil**. Brasília – Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SAADI, Ricardo Andrade; BEZERRA, Camila Colares. A Autoridade Central no exercício da cooperação jurídica internacional. *In: Manual de Brasil cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. Secretaria Nacional de Justiça, DRCI, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. Atual e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos**. In: CLÉVE, Merlin Cléve; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLAIRINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos e a EC 45: aspectos problemáticos**. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

SCHMITT, Carl *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights. Transnational Law and Contemporary Problems**. Vol. 12, p. 393-452. Disponível em: Hein On Line <http://heinonline.org>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

SCHULZ, Andrea. **The 1980 Hague Convention and the European Convention on Human Rights. Transnational Law & Contemporary Problems**. V. 12, n. 2, p. 355-392, 2002.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SIFUENTES, Mônica. Subtração Interparental: **A Experiência Brasileira na Aplicação da Convenção da Haia de 1980**. <http://www.justica.gov.br>. Disponível em: 30 de julho de 2009. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17. Ed., revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2000.

SILVA, José Antônio Ribeiro (org.). **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo de trabalho**. Vol. 1, parte geral. Arts. 1º ao 317, São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da, et al. **Revista da SJRJ, nº 25, Dossiê Direito Civil e Internacional**, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. Malheiros, 2009.

SIKKINK, Kathryn. **Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America. International Organizations**, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993.

STJ – REsp: 1239777 PE 2010/0180753-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 12/04/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/4/2012.

SOUTO, Fredys Orlando. **Guerra Civil Contemporânea – ONU e o caso Salvadorenho**. Sérgio Antônio Fabris, 2008, Porto Alegre.

SOUSA, Fernando; MENDES, Pedro (coord.). **Dicionário de Relações Internacionais**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 2014.

TAGLE DE FERREYRA, Graciela. *El interés superior del niño en la restitución internacional de menores*. In ROSSI, Julia; THEAUX, Denise (Coord.) *El interés superior del niño: visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TOMÁS, Catarina. **Convenção dos direitos da criança: reflexões críticas. Infância e Juventude**, nº 4, out./dez., 2007.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos humanos y derecho internacional**. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

UNICEF http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 5 de abril de 2019.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Vol. III (Parte Especial: conflitos de leis comerciais, cambiais, falimentares, marítimas, aeroespaciais, industriais, trabalhistas,

processuais, penais, administrativas, fiscais e eclesiásticas). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VLADIMIR ARAS, O papel da Autoridade Central nos acordos de cooperação penal internacional. In: José Paulo Baltazar Júnior e Luciano Flores de Lima. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**, 2010.

WEINSTEIN, Timothy. The Hague Convention: Brazilian Style. Bring Sean Home Foundation, <http://bringseanhome.org/resources/the-left-behind-parent/hague-convention-%E2%80%9Cbrazilian-//style%E2%80%9D>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Cooperação jurídica internacional e a concessão de *exequatur***. Revista de Processo, Belo Horizonte, v. 35, n. 183, maio, 2010.

ANEXOS

