



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CIBELLY CRISTIANE HEMETÉRIO NOGUEIRA COSTA**

**TUTELA DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A  
GUARDA E OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES**

**NATAL/RN**

**2018**

CIBELLY CRISTIANE HEMETÉRIO NOGUEIRA COSTA

**TUTELA DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A  
GUARDA E OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof. Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave.

**NATAL/RN  
2018**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN  
Sistema de Bibliotecas - SISBI  
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro  
Ciências Sociais Aplicadas – CCSA

Costa, Cibelly Cristiane Hemetério Nogueira.

Tutela da criança no Direito Internacional: um estudo sobre a guarda e os aspectos civis do sequestro internacional de menores / Cibelly Cristiane Hemetério Nogueira Costa. - 2018.  
53f.: il.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Departamento de direito privado. Natal, RN, 2018.

Orientador: Prof. Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave.

1. Direito de família internacional - Monografia. 2. Sequestro internacional de crianças - Monografia. 3. Guarda internacional- Monografia. I. Presgrave, Ana Beatriz Ferreira Rebello. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca Setorial do CCSA

CDU 347.64:341.2



ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE  
BACHARELADO EM DIREITO

Aos 14 (quatorze) dias do mês de junho do ano de 2018, às 15h 30, no auditório Varela Barca, foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da monografia sob o título: "TUTELA DA CRIANÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A GUARDA E OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES", como trabalho final de conclusão de curso, apresentado(a) pelo(a) aluno(a) **CIBELLY CRISTIANE HEMETÉRIO NOGUEIRA DA COSTA**, matrícula nº 2013074909, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito. A comissão examinadora foi presidida pelo(a) professor(a)/colaborador(a) **ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE**, matrícula nº 1693362, lotado(a) no DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO; 1º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **FABIANA DANTAS SOARES ALVES DA MOTA**, matrícula nº 1327043, lotado(a) no DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO; e o 2º membro o(a) professor(a)/colaborador(a) **ANDRÉ FRANCO RIBEIRO DANTAS**, matrícula nº x.x.x., lotado(a) no Colaborador externo, integrantes da referida comissão que emitiu o seguinte parecer: Aprovado.

A comissão examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia Aprovada. A comissão decidiu atribuir à menção honrosa, atribuindo a nota: dez; com indicação para concorrer ao prêmio de melhor monografia.

Comissão Examinadora

*Assumo*  
ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE

Presidente

*Fabiana*  
FABIANA DANTAS SOARES ALVES DA MOTA

1º Membro

*Andre*  
ANDRÉ FRANCO RIBEIRO DANTAS

2º Membro

## AGRADECIMENTOS

Início os agradecimentos com aqueles que sempre estiveram presentes: Cristiano Nogueira e Solange Freitas, meus pais. Sem eles eu não seria nada. Obrigada por nunca terem medido esforços para que eu tivesse uma educação de qualidade. O amor ao estudo e a certeza de que ele me levará à concretização de sonhos foi um ensinamento preciosíssimo. Inclusive, foi colocando-o em prática que estou tendo o privilégio de vivenciar esse momento tão especial: graduar-me em Direito (minha vocação), na UFRN (universidade dos meus sonhos desde pequena).

Ao meu irmão de sangue, de alma e de coração, Matheus. Obrigada por tornar meus dias mais leves e felizes. Obrigada por me mostrar, diariamente, com gestos e palavras, que não existe coisa melhor do que amor e parceria entre irmãos.

À minha amada avó Maria do Socorro por ter exercido o papel de mãe tantas vezes. Agradeço também por ter sido minha exímia professora nos primeiros anos de vida escolar. Sem dúvidas, as lições de tabuada, de caligrafia e de leitura contribuíram para construção da minha base educacional e me fizeram o que sou hoje.

Aos meus tios, tias, primos e primas e todos os outros familiares por participarem das minhas conquistas, por me apoiarem e por fazerem parte das comemorações.

Às grandes amigas que a vida acadêmica me presenteou, sou só gratidão por ter vivenciado esses últimos cinco anos ao lado de vocês. Foi único poder sentir o significado da palavra amizade por meio de gargalhadas, conselhos e momentos inesquecíveis vivenciados não só pelos corredores do Setor I, mas fora dele também.

Aos demais amigos, obrigada por serem anjos de luz no meu caminho.

Ao meu estágio na Defensoria Pública da União, por ter me proporcionado a experiência jurídica necessária para desenvolver o presente trabalho e por me fazer viver o direito de uma maneira mais humana.

À minha orientadora, professora Ana Beatriz Presgrave, por me guiar na construção desse trabalho e por ter uma atuação profissional tão inspiradora. Agradeço, ainda, à sua mestrandia Camila Costa, por tanta paciência e gentileza em me fornecer materiais bibliográficos e contribuir para esse estudo.

A Deus, a minha mais sincera gratidão. Obrigada por ser o propósito de tudo em minha vida. Por ti, pra ti e em ti todos os meus passos, Senhor.

## RESUMO

O presente trabalho prioriza o enfoque nas consequências práticas que os conflitos envolvendo disputa de guarda e sequestro de menores, em âmbito internacional, possuem aos infantes envolvidos. Para tanto, observa a sistemática adotada pela comunidade internacional na proteção dos direitos das crianças. Desse modo, realiza a análise das regras do direito internacional privado adotadas pelo ordenamento jurídico nacional na resolução de demandas provenientes da disputa de guarda internacional. Além disso, estuda a Convenção de Haia de 1980 e a postura adotada pelo Brasil quanto ao seu cumprimento. Para isso, baseia-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de uma aplicação prática do conteúdo explanado em um caso hipotético, construído a partir de um caso real que corre em segredo de justiça. Por fim, constata que, embora adote medidas que asseguram a efetiva tutela aos direitos fundamentais das crianças, o país ainda necessita superar alguns entraves.

**Palavras-chave:** Proteção dos direitos das crianças. Princípio do superior interesse da criança. Guarda internacional. Sequestro internacional de crianças. Convenção de Haia de 1980.

## ABSTRACT

This monograph focus on the practical consequences of childcare dispute and child kidnaping on the children involved. For this purpose, observes the systematic followed by the international community regarding child rights protection. Therefore, analyzes the rules of international private law, which the Brazilian legal order follows for the solution of requests on international childcare dispute. Moreover, study the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the attitude adopted by the fatherland's judiciary concerning its compliance. To achieve this, realizes bibliographical and jurisprudence researches, in addition to a practical application of the matter under study in a hypothetic case, which was built based on a real case running under legal confidentiality. Finally, notes that, even though Brazil adopts the measures that ensure the custody for the fundamental rights of children, it still needs to overcome certain barriers.

**Key words:** Child protection. The principle of the best interests of the child. International children abduction. The 1980 Hague Convention.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 GUARDA DOS FILHOS .....</b>	<b>9</b>
2.1. PROTEÇÃO DOS FILHOS A PARTIR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.....	9
2.2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	10
2.3 AS MODALIDADES DE GUARDA ESTABELECIDAS NO CÓDIGO CIVIL: UNILATERAL E COMPARTILHADA.....	12
<b>3 FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS .....</b>	<b>14</b>
3.1 FATORES QUE IMPULSIONARAM A CONSTRUÇÃO DE FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS .....	14
3.2 MULTICULTURALISMO, INTERCULTURALIDADE E PLURALISMO JURÍDICO	15
<b>4 GUARDA INTERNACIONAL DE CRIANÇAS .....</b>	<b>17</b>
4.1 A PROTEÇÃO À INFÂNCIA MEDIANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL ...	17
4.2 GUARDA DE MENORES DO ÂMBITO INTERNACIONAL .....	19
4.3 A POSTURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PERANTE A PROBLEMÁTICA DA GUARDA INTERNACIONAL .....	21
<b>5 UMA ANÁLISE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES .....</b>	<b>23</b>
5.1 A DEFINIÇÃO DE SEQUESTRO À LUZ DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 .....	23
5.2 A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESIDÊNCIA HABITUAL .....	24
5.3 A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA.....	26
5.4 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL .....	27
5.5 EXCEÇÕES AO RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE SUA RESIDÊNCIA HABITUAL.....	29
5.6 RECEPÇÃO E APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO NO BRASIL.....	32
<b>6 ESTUDO DE CASO HIPOTÉTICO: A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DA MENINA GLÓRIA. ....</b>	<b>35</b>

6.1. SÍNTESE DOS FATOS .....	35
6.2 ESTUDO JURÍDICO DO CASO.....	37
<b>6.2.1 Da aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 como instrumento normativo cabível.....</b>	<b>37</b>
<b>6.2.2 Dos fundamentos que justificam a manutenção da criança subtraída em território brasileiro .....</b>	<b>37</b>
<b>7- CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Inseridos em um contexto caracterizado pela internacionalização da vida privada, o modelo de família transnacional é uma realidade do mundo globalizado. Em decorrência disso, à ciência jurídica, enquanto fenômeno social, cabe regulamentar as implicações provenientes da (des)constituição desse tipo de estrutura familiar, a qual envolve elementos estrangeiros diversos.

Nessa temática, merece destaque a tutela de filhos frutos desses relacionamentos. O que acontece com os filhos quando seus genitores decidem não mais morar em um mesmo país? Inclusive, relevante se faz observar que, em muitas situações envolvendo disputa de guarda entre pais de nacionalidades distintas, raro não é a ocorrência de sequestro internacional de infantes por parte de um dos genitores.

Para tratar sobre tais questões, foi elaborada a Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. À luz do referido tratado, sequestro consiste na retenção ilícita do infante, por parte de um dos seus genitores, em país que não seja o de sua residência habitual.

Este trabalho objetiva realizar uma análise da postura adotada pelo Brasil, no âmbito internacional, acerca da proteção conferida às crianças inseridas em uma problemática de disputa de guarda internacional, em que um dos genitores demonstra insatisfação suficiente para agir por conta própria e proceder ao sequestro internacional de menores.

Assim, efetuou-se uma reflexão sobre a recepção do ordenamento jurídico pátrio à Convenção de Haia, observando se houve ou não a adequação necessária da legislação infraconstitucional às suas disposições e como têm se comportado as Cortes brasileiras no que alude tal matéria.

Como método de pesquisa, utilizar-se-á o hipotético dedutivo, partindo do texto legal e de pesquisas para chegar ao caso concreto. Como procedimento técnico, tem-se a análise bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Num primeiro momento, será realizado um estudo acerca do instituto da guarda e sua regulamentação pelo direito brasileiro. Posteriormente, será abordado o contexto de desenvolvimento e formação das famílias transnacionais.

Foi analisada de maneira mais aprofundada a guarda internacional de menores e a Convenção de Haia de 1980, suas hipóteses de aplicabilidade e recepção por parte do direito doméstico.

Por fim, buscou-se a aplicação de todo o conteúdo trabalhado em um caso concreto hipotético, o qual se fundamentou em um caso real que corre em segredo de justiça, pelo que não pode ser utilizado para fins desta produção acadêmica.

## 2 GUARDA DOS FILHOS

### 2.1. PROTEÇÃO DOS FILHOS A PARTIR DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O contexto de guarda perpassa, indubitavelmente, à dissolução de vínculos afetivos entre os genitores dos filhos menores e inserção da criança em uma realidade, por vezes, bastante conflituosa. Como afirma Dias:

Falar de guarda pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. Porém, o rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face de ressentimentos dos genitores. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse desenlace (2015, p.521).

A separação dos cônjuges não pode significar separação de pais e filhos. O Princípio do Melhor Interesse da Criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre as pretensões dos pais em conflito. Destarte, embora o término de um relacionamento amoroso seja sofrido, é indispensável que os pais possuam o discernimento necessário para compreender que suas frustrações ou ambições próprias não podem sobrepor ao melhor desenvolvimento emocional, psíquico e físico dos filhos envolvidos. (LÔBO, 2011, p.189)

Nesse sentido, a guarda, a qual, em regra, é atributo do poder familiar, vai além da manutenção da custódia do filho a partir de uma companhia meramente física. Tal instituto consiste, principalmente, no desenvolvimento de uma relação pautada em afeto, proteção e amor. (MADALENO, 2013, p. 432.)

Assim, numa perspectiva de guarda à luz da normatividade constitucional, percebe-se que o instituto ora em comento deve cumprir a função indispensável de conceder prioridade absoluta ao interesse do menor, mitigando abandono ou o descaso de pais e responsáveis (FARIAS e ROSENVALD, 2017).

No tocante ao princípio do melhor interesse da criança, é necessário observar que se trata de um conceito jurídico amplo e complexo, pois, a depender do caso concreto, pode haver uma interpretação e aplicação específica dada as peculiaridades de cada família. Justamente por isso, esse princípio figura como uma boa técnica legislativa, permitindo a adequação da norma às imprevisibilidades da vida (SOTOMAYOR, 2003).

## 2.2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A fim de melhor compreender o instituto da guarda, faz-se necessário analisar a sua evolução no âmbito da legislação nacional. Desse modo, em 1980, o Decreto 181<sup>1</sup> foi o primeiro a dispor sobre a questão da guarda. Em seu art. 90<sup>2</sup>, havia a determinação expressa de que os filhos ficariam sob a custódia do cônjuge considerado inocente. Ou seja, por aquele que não deu causa à separação.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 manteve como fator determinante para estabelecimento da guarda a culpa do cônjuge em relação ao fim da vida a dois. De acordo com o entendimento de Dias (2015 a, p. 518) “era nitidamente repressor e punitivo o critério legal para a definição da guarda. Identificava-se o cônjuge culpado. Ele não ficava com os filhos, que eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge inocente.”

Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, isso se o juiz verificasse que ela não lhes acarretaria prejuízo de ordem moral. No entanto, evidente a percepção de que essas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança (DIAS, 2015).

O aludido contexto manteve-se até 1977, ano em que entrou em vigor a Lei nº 6.515, denominada como Lei do Divórcio. No entanto, o estudo do referido diploma permite a constatação de que o sistema vigente foi mantido<sup>3</sup>, havendo apenas algumas flexibilizações, a depender do caso concreto<sup>4</sup>.

A Constituição Federal de 1988, contudo, estabeleceu uma nova conjuntura. “Ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226,§5º), banii discriminações, produzindo reflexos significativos ao poder familiar.” (DIAS, 2015, p.519).

---

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1980. Promulga a lei sobre o casamento civil. Lei do Casamento Civil. Brasília, DF, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm) >. Acesso em: 21 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Art. 90. “A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para educação delles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for innocente e pobre.”

<sup>3</sup> Art. 10. “Na separação judicial fundada no caput do art.5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que ela não houver dado causa.”

<sup>4</sup> Art 13. “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.”

O art. 227<sup>5</sup> do aludido diploma, por sua vez, confirmou o princípio da proteção integral do infante. Nessa seara, a guarda precisa ser destinada à atingir sua finalidade precípua, qual seja a proteção da criança, atuando como instrumento para preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes. (ROSENVALD e FARIAS, 2017).

Em 1990, a Lei 8.069<sup>6</sup> instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), merecendo destaque pelo fato de ter reafirmado a proteção integral aos menores de idade. Em consonância com o pensamento de Dias (2015 a, p. 519), “(O) ECA, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-os em sujeitos de direito, trazendo toda uma nova concepção, destacando os direitos fundamentais das pessoas de zero a 18 anos.”

O novo Código Civil de 2002, Lei nº 10.406,<sup>7</sup> não trouxe, todavia, as significativas mudanças que deveria trazer.

“Os arts. 1583 a 1.590 do Código Civil resultaram da transplantação de idênticas normas contidas na Lei n. 6515/77 (Lei do Divórcio), com as importantes alterações introduzidas nos arts. 1.583 e 1.584 pela Lei n.11.698/2008 (Lei da guarda compartilhada), impondo-se a interpretação em conformidade com os princípios constitucionais de prioridade absoluta dos direitos da criança. A proteção dos filhos é mais ampla que a regulação de guarda e a fixação da obrigação alimentar ao pai não guardião” (LÔBO,2011, p.190).

No entanto, o mencionado diploma merece destaque ao afastar o deferimento da guarda da eventual culpa pela separação, e assim tornar, paulatinamente, letra morta o artigo 10 da Lei do Divórcio, quando instituía a guarda dos filhos com o cônjuge inocente. (MADALENO, 2013).

A verdade é que o Código Civil não incorporou, como deveria, o princípio do melhor interesse do menor. Não atentou ao paradigma disciplinado por parte do ECA, apenas limitou-se a estabelecer diretrizes com referência à guarda, que era unipessoal e, preferencialmente, concedida à mãe. Contudo, a conjuntura sociocultural foi modificada, as mulheres ingressaram e se consolidaram no mercado de trabalho, não mais priorizando o papel de “dona do lar”. Os pais necessitavam, assim, assumir uma responsabilidade maior com a prole, a qual ia além de visitas quinzenais e do pagamento de alimentos (DIAS, 2015).

Esse contexto exigiu uma nova adaptação do texto legal. O primeiro grande avanço ocorreu com a Lei 11.698/08<sup>8</sup>, com a priorização da guarda compartilhada, conferindo aos

---

<sup>5</sup> Art. 227.” É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

<sup>6</sup> BRASIL. lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) > Acesso em: 21 de abril de 2018.

<sup>7</sup> BRASIL, lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil, Brasília, DF, Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm) > Acesso em: 21 de abril de 2018.

genitores a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres iguais referentes à autoridade parental. No entanto, a aplicabilidade de tal norma não atingiu os fins pretendidos. Desse modo, em 2014, entrou em vigência a Lei 13.058<sup>9</sup>, denominada Lei da Igualdade Parental, que explicita como deve ser realizado o compartilhamento da guarda (art. 1.583, §2º, CC<sup>10</sup>) (DIAS, 2015).

### 2.3 AS MODALIDADES DE GUARDA ESTABELECIDAS NO CÓDIGO CIVIL: UNILATERAL E COMPARTILHADA

O art. 1.583,§1º<sup>11</sup>, determina que guarda unilateral é aquela atribuída a somente um dos genitores ou algum substituto seu. Portanto, deve a aludida modalidade de guarda ser concedida ao genitor que proporcione melhores condições de exercê-la, assegurando à prole condições dignas de desenvolvimento educacional, social, psicológico e emocional. (PEREIRA, 2004).

Convém observar, no entanto, que melhores condições, para os fins legais, não deve se confundir com melhores situações financeiras. Além disso, nenhum fator é necessariamente decisivo para determinar a escolha do pai guardião. Fator relevante deve ser o de menor impacto ao psicológico e emocional da prole. (LÔBO, 2011)

Nesse contexto, na sistemática do Código Civil e após o advento da Lei nº 11.698/2008, a guarda uniparental é determinada pelo órgão julgador quando não se chega a um acordo ou quando a guarda compartilhada é inviável. Importante observar, outrossim, que há ainda a possibilidade de a guarda ser atribuída a terceiro quando o caso concreto determinar que nenhum dos genitores preenche os requisitos mínimos necessários para concessão da guarda (LÔBO, 2011).

Contudo, analisando a partir de uma perspectiva mais prática, a adoção do regime de guarda unilateral pode comprometer significativamente o desenvolvimento emocional e psicológico do menor. Ao abordar essa temática, a experiência tem mostrado que a guarda unilateral, frequentemente, estimula uma disputa pelos filhos, a qual, na verdade, oculta

---

<sup>8</sup> BRASIL, lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, DF, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111698.htm) > Acesso em: 21 de abril de 2018.

<sup>9</sup> BRASIL, lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm) > Acesso em: 22 de abril de 2018.

<sup>10</sup> Art. 1.583: § 2º. “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.”

<sup>11</sup> Art.1.583,§ 1º. “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.”

outros problemas, sejam em relação à vingança ou à disputa pelo poder, por exemplo. Fato é que essa disputa envolve questões que em nada têm a ver com o melhor interesse do menor, inclusive, vai na contramão dessa premissa, pois, além de limitar a convivência com o pai não guardião, ainda expõe o filho a um contexto conflituoso e, portanto, nada saudável ao seu desenvolvimento. (MOTTA, 2005)

Nessa seara, a Lei nº 11.698/2008, cuja redação alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), instituiu e disciplinou o regime de guarda compartilhada. Conforme estabelece o conteúdo do art. 1.584, §2º do diploma citado, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

A partir disso, é válido afirmar que tal alteração “estabeleceu a guarda compartilhada como regra geral do sistema jurídico brasileiro, decorrendo a sua fixação de requerimento consensual das partes ou de decisão direta do juiz, ouvido o promotor de justiça” (FARIAS E ROSENVALD, 2017 a, p. 685).

Logo, a principal finalidade do compartilhamento da guarda é permitir que os vínculos afetivos que unem pais e filhos não sejam alterados, independentemente da dissolução da sociedade conjugal e do conflito eventualmente existe entre eles (AKEL, 2008).

A partir disso, o regime de guarda compartilhada resgata um ambiente harmônico, em que os pais exercem mutuamente o poder familiar, contribuindo para a correta formação dos filhos e minimizando efeitos negativos da separação. É, também, a efetivação do direito de a prole manter uma convivência contínua e rotineira com seus genitores. (MADALENO, 2013)

### 3 FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS

#### 3.1 FATORES QUE IMPULSIONARAM A CONSTRUÇÃO DE FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS

Ao adotar um estilo de vida associado ao desenvolvimento tecnológico, a sociedade contemporânea apresenta como uma de suas características marcantes a internacionalização da vida privada. Nessa perspectiva, tem-se que:

A família moderna enseja inúmeras repercussões no plano internacional. No limiar do novo-milênio, no qual a comunicação global é um dos traços característicos da sociedade, tendem a aumentar as ocorrências de famílias transnacionais, e por conseguinte, as consequências desses fatos para o direito internacional privado. Só para citar alguns exemplos, há problemas de cunho internacional relacionados à validade do casamento, ao regime de bens, à posterior repartição do patrimônio em caso de separação e divórcio, à sucessão e às questões relacionadas às crianças.” (ARAÚJO, 2011, p.442).

Destarte, inseridos em uma nova era, onde a tecnologia se tornou uma extensão do cotidiano dos indivíduos, é inevitável constatar que as relações por eles desenvolvidas, de certa forma, também se virtualizou, ultrapassando fronteiras territoriais e temporais. O advento da globalização modificou a dinâmica entre o binômio espaço/tempo, em razão dos avanços tecnológicos nas comunicações e nos meios de transporte, o que refletiu no fenômeno da migração (MACHADO, KEBBE e SILVA, 2008).

Diante disso, o significativo aumento dos fluxos migratórios e turísticos, além das facilidades de interação por meio da internet, mais especificamente das redes sociais, propiciou o surgimento de relacionamentos plurinacionais. Isto é, a globalização deu margem a um processo de aculturação persistente, sendo a migração transnacional uma notável característica desse processo. (LARCHANCE, KIM E YATERA, 2007).

Ao abordar tal temática, um estudo realizado sobre a construção de famílias transnacionais por parte de migrantes brasileiros no Japão constatou que esse cenário pode ser tido como consequência da busca por melhores condições sociais e econômicas. Dessa maneira ao deixar seu país de origem, o indivíduo passa a ser introduzido em um novo contexto sociocultural e, inevitavelmente, constrói vínculos com pessoas de outras nacionalidades, o que pode resultar na construção de famílias transnacionais (YAMAMOTO, 2008).

Há, ainda, de se levar em consideração as novas características psicológicas e sociológicas da pós-modernidade, as quais, inevitavelmente remodelaram e ressignificaram as

relações interpessoais. Nesse ínterim, ao definir o tempo presente, convém aplicar o conceito de “modernidade líquida”. Assim, de acordo com esse pensamento, a vida contemporânea é vulnerável e fluida, incapaz de manter a mesma identidade por muito tempo. (BAUMAN, 2004).

Ou seja, seriam as relações sociais e os laços afetivos efêmeros, fluidos e frágeis. O homem, imerso em seu individualismo, ao mesmo tempo em que luta para atingir todos os seus desejos e realizações, passa a acreditar que a mudança é a única coisa permanente e a incerteza é a única certeza (BAUMAN, 2001).

Desse modo, Bauman defende que as relações humanas se dão em rede, não mais em comunidade. Portanto, os relacionamentos se tornam conexões, que podem ser feitas, desfeitas e refeitas, dificultando a manutenção de laços sólidos e duradouros. A análise, nessa perspectiva, sobre a construção de famílias transnacionais, leva à constatação de que o Direito, enquanto fenômeno sociológico, necessita estar apto a regulamentar eventuais conflitos provenientes da falta de solidez das relações interpessoais contemporâneas. (BAUMAN, 2004).

### 3.2 MULTICULTURALISMO, INTERCULTURALIDADE E PLURALISMO JURÍDICO

A compreensão do modelo de famílias transnacionais perpassa pelos conceitos do multiculturalismo e da interculturalidade, tendo em vista ser inegável que a interação entre indivíduos de nacionalidades distintas promove a coexistência de culturas plurais. Desse modo, a leitura das famílias transnacionais a partir de perspectivas interdisciplinares confere ao operador do direito uma visão mais ampla e realista.

Sobre isso, é relevante perceber que o multiculturalismo somente pode ser entendido a partir da desconstrução de uma ideologia essencialmente nacional, sob a ótica da globalização (LOPES, 2012).

Ademais, em relação aos conceitos de interculturalidade e multiculturalismo, é necessário ter em mente que não possuem significados equivalentes:

“o termo interculturalidade não deve ser confundido com multiculturalismo. O multiculturalismo descreve a realidade fática da presença de várias culturas no seio de uma mesma sociedade, designa uma estratégia política liberal que visa a manter a assimetria do poder entre as culturas, posto que defende o respeito às diferenças culturais, mas não coloca em questão o marco estabelecido pela ordem cultural hegemônica. Sendo assim, o respeito e a tolerância, tão difundidos pela retórica do multiculturalismo, estão fortemente limitados por uma ideologia semicolonialista

que consagra a cultura ocidental dominante como uma espécie de metacultura que benevolmente concede alguns espaços a outras. A interculturalidade, pelo contrário, aponta para a comunicação e a interação entre as culturas, buscando uma qualidade interativa das relações das culturas entre si e não uma mera coexistência fática entre distintas culturas em um mesmo espaço (DAMÁZIO *apud* FORNET-BETANCOURT, 2008)”

Nesse contexto, por meio do viés pluralista, observa-se a convivência harmônica entre as diversidades de gênero, de classes sociais e de padrões culturais, sendo cada um desses fatores importantes elementos para a construção da identidade do indivíduo em seu meio social. Portanto, é essa heterogeneidade que deve ser levada em consideração para compreender as relações desenvolvidas no âmbito das famílias transnacionais. Outrossim, em se tratando do direito e sistemas jurídicos, a importância dessa interculturalidade é garantir um avanço na aplicação de normas e na postura adotada pelos Estados quanto à resolução de litígios que envolvam os conceitos em comento. (REINKE, MENEZES E SIMIONI, 2015)

A partir do raciocínio desenvolvido, convém ressaltar a necessidade de aplicá-lo ao contexto do pluralismo jurídico, o qual se projeta como um instrumento contra-hegemônico, uma vez que, ao se basear na diversidade cultural, define meios plurais de exercício da democracia, viabilizando a proteção aos Direitos Humanos e mobilizando a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e o poder institucional. (WOLKMER, 2006).

Portanto, interpretar e compreender as famílias transnacionais à luz dos conceitos de multiculturalismo, interculturalidade e pluralismo jurídico é essencial para que o poder judiciário, tanto no âmbito doméstico, como no âmbito internacional, atue de maneira adequada, contribuindo para a construção de uma sociedade pluralmente solidária e garantidora de direitos fundamentais, em relação às lides e eventuais desdobramentos que decorram da constituição ou dissolução de relacionamentos entre indivíduos de nacionalidades, culturas e identidades diversas.

## 4 GUARDA INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Antes de adentrar na discussão acerca dos aspectos jurídicos sobre a guarda internacional em si, sentiu-se a necessidade, a fim de melhor trabalhar o tema, de traçar um sucinto panorama sobre a evolução da proteção aos infantes na esfera internacional.

Importante observar que o referencial de criança adotado pelo presente trabalho é a definição prevista pelo artigo 4 da Convenção de Haia de 1980. Ou seja, considerou-se que criança é o indivíduo de zero até dezesseis anos de idade.

### 4.1 A PROTEÇÃO À INFÂNCIA MEDIANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL

Há poucos séculos, tanto o ordenamento jurídico internacional, como os ordenamentos jurídicos internos, não estabeleciam uma proteção específica aos infantes, tampouco reconheciam a importância disso. Foi somente mediante a exploração do trabalho infantil, principalmente no século XIX, e o cenário de abandono e negligência vivenciado pelas crianças na primeira e na segunda guerra mundial, durante o século XX, que a comunidade internacional atentou para a relevante necessidade de melhor tutelar os direitos e garantias dos menores (ALVES, 2016).

Nesse contexto, em 1959, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, que, finalmente, reconheceu o infante como sujeito de direitos. O aludido documento, constituído por 42 (quarenta e dois) artigos, estabeleceu, em seu artigo 3º, o princípio do *best interests of the child*. Ademais, dentre importantes direitos previstos nos outros dispositivos, frisa-se o direito de conhecer seus genitores e o direito à convivência familiar, não devendo o menor ser separado de seus pais.<sup>12</sup>

A partir disso, o *status* das crianças foi alterado de “sem direitos” para “titular de direitos”. Tal mudança envolveu não só o poder paternal, mas também o poder estatal, os quais deixaram, respectivamente, de ser ilimitado e absoluto e se tornaram juridicamente delimitados (ALEXANDRINO, 2011).

Desse modo, após a Declaração dos Direitos das Crianças, a comunidade internacional voltou-se à proteção dos menores, adotando medidas que realmente efetivassem os direitos inerentes à infância em uma perspectiva prática. Nesse sentido, a proteção dos infantes tem sido a temática que mais ocupou a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado de Haia, que produziu três convenções acerca da proteção das crianças,

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.htm>> Acesso em: 24 de abril de 2018.

sendo duas posteriores à histórica Declaração: Convenção concernente à Competência das autoridades e a Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, em 1961, e a Convenção sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação com Relação à Responsabilidade Paternal e Medidas para Proteção de Crianças, em 1996 (DOLINGER, 2003).

Nessa seara, é relevante observar que:

De modo geral, o conteúdo da Convenção revela que o interesse superior da criança deve ser analisado não apenas em perspectiva procedimental a fim de resolver a lide, mas também em perspectiva material pelo Estado que se julgar mais adequado para a apreciação da questão, focando, assim, no resultado mais adequado para se atingir os objetivos fixados pela comunidade internacional com relação à proteção dos infantes.

Por fim, cabe ressaltar que a análise mais detida das previsões contidas na Convenção de 1996 revela sua total compatibilidade com a Convenção de 1989 sobre os Direitos das Crianças. O reconhecimento universal de que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais só veio ocorrer de fato com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no item 2 do artigo XXV, onde se dispôs claramente que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. Somente em 1989 é que, por meio da adoção pelas Nações Unidas, da Convenção Internacional relativa aos Direitos da Criança, a criança passa a ser considerada como cidadão dotado de capacidade para ser titular de direitos e passa a vigorar em setembro de 1990 e no Brasil a partir de outubro deste mesmo ano, conforme consta no preâmbulo do Decreto 99.710/1990, que promulgou a Convenção. É nesse contexto histórico que em 1980 na cidade de Haia é assinada a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental, que foi pioneira ao elaborar normas de cooperação internacional que resguardassem o menor objeto de deslocamento internacional forçado. (MÉRIDA, 2011, p. 13).

Perseguindo essa lógica, a valorização dos interesses das crianças resultou em importantes mudanças no Direito de Família, destacando-se o exercício da parentalidade, uma vez que pai e mãe, ao exercerem o poder familiar, devem respeitar, sobretudo, o superior interesse do menor (ALVES, 2016).

Por conseguinte, a supremacia dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Superior Interesse do menor, passaram a integrar os fundamentos essenciais para se chegar a uma solução mais justa e que melhor atenda aos direitos da criança inserida em conflitos (MESSERE, 2005)

Ademais, a Convenção de Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de menores, assegura, em seu artigo 20<sup>13</sup>, a proteção aos direitos fundamentais dos infantes e aos direitos humanos. A partir da leitura do texto constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro

---

<sup>13</sup> Artigo 20: “O retomo da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

confere ao Princípio do Melhor Interesse da Criança o *status* de direito fundamental. (ZHEBIT, 2012)

Logo, o dever de cuidado e proteção se tornou elemento essencial na relação dos pais para com seus filhos, necessitando ser priorizada a possibilidade de manutenção e preservação da convivência familiar, independente do contexto de dissolução conjugal entre os genitores.

#### 4.2 GUARDA DE MENORES DO ÂMBITO INTERNACIONAL

Dentre as vastas problemáticas que permeiam o Direito de Família, merece notoriedade a situação dos filhos menores nas circunstâncias em que há a dissolução do vínculo afetivo que unia seus genitores e conferiam à criança o significado de seio familiar. A partir desse contexto, é válido afirmar que:

O fenômeno da Globalização permitiu às pessoas se tornarem cidadãos do mundo. Mudam de país, casam com pessoas de outras nacionalidades e têm filhos. A mobilidade enseja o surgimento de inúmeros problemas em razão das diferenças que existem entre os vários sistemas jurídicos. Daí a importância dos tratados e convenções internacionais (DIAS, 2015, p. 550).

Nessa seara, a análise da questão por ora apreciada se torna mais delicada quando há a presença de algum elemento estrangeiro, ou seja, quando há algum fator que envolva um ou mais ordenamentos jurídicos internacionais.

Por conseguinte, em contextos fáticos onde os pais possuem nacionalidades distintas ou, mesmo apresentando a mesma nacionalidade, um deles decide morar em outro país, a atribuição da guarda, além de outras circunstâncias decorrentes dessa conjuntura, a exemplo da manutenção ou não do poder familiar, fixação da pensão alimentícia e regulamentação de visitas, exige a aplicação de normas de direito internacional privado, com a finalidade de determinar qual a lei mais adequada para a resolução da lide e qual a autoridade competente para apreciá-la (MÔNACO, 2008).

Sobre essa temática, convém destacar algumas convenções que buscaram fixar a legislação e a competência jurisdicional adequada para deliberar sobre litígios envolvendo famílias transnacionais.

À vista disso, a Convenção de Haia, de 1902, em seu artigo 1º, previa que a competência legal e jurisdicional sobre a matéria em comento seria do país da nacionalidade da criança. No entanto, havia a ressalva dos casos em que, não sendo possível aplicar a lei nacional, deveria a demanda ser apreciada em conformidade com a lei da residência habitual do infante.

A análise crítica do citado diploma, permite constatar, no entanto, que “o grande problema da Convenção de 1902 se verificava nos casos de crianças com dupla nacionalidade, nos quais se identificava o conflito de jurisdições, com possibilidade de adoção de medidas concomitantes e incoerentes entre si por cada um dos Estados envolvidos.” (ALVES, 2016, p.273-274).

Nessa conjuntura, em 1961, foi aprovada, pela Conferência de Direito Internacional Privado de Haia, a Convenção sobre a Competência das autoridades e a Lei Aplicável em matéria de Proteção de Menores, a qual entrou em vigor apenas em 1969.

Entretanto, a mencionada Convenção foi pouco eficiente no seu objetivo de garantir a adoção de medidas protetivas à criança, pois criou mecanismos dependentes de um eficiente sistema de comunicação e cooperação entre os Estados partes, o que, na prática, não existia na maioria das situações (MÔNACO,2008).

Em decorrência das falhas observadas, com o viés de substituir a supracitada Convenção, em 1996, adotou-se a Convenção de Haia Concernente à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção da Criança, que entrou em vigor apenas em 2002.

O diploma jurídico internacional ora em comento se pauta no princípio da proximidade, estabelecendo que a competência legal, jurisdicional e administrativa para apreciar demandas envolvendo proteção de crianças pertence ao Estado em que essas possuem residência habitual, cujo conceito, de acordo com o entendimento doutrinário, refere-se ao centro de gravidade da vida do menor, onde ele exerce suas atividades em um período de tempo significativo, o que nem sempre coincidirá com a residência dos pais. (ALVES, 2016)

Porém, nos casos de posterior alteração da residência habitual, a Convenção dispõe que medidas adotadas pela autoridade anteriormente competente devem subsistir e ter aplicabilidade por parte do Estado da nova residência habitual do menor (ALVES, 2016).

Em abordagem complementar, o tratado em estudo propõe que o Princípio do Superior Interesse da Criança deve ser analisado não somente na perspectiva formal, quanto à adoção de procedimentos com pretensão de resolver a lide, mas, principalmente, a partir de um viés material, possibilitando que o Estado adote o resultado mais favorável ao interesse dos infantes. Essa Convenção demonstra, inclusive, compatibilidade com a Convenção de 1989 (ALVES, 2016).

Portanto, convém constatar que, em apertada síntese, a principal finalidade das convenções estudadas foi determinar a adoção de elementos de conexão mais próximos à realidade da criança em conflito, permitindo que a problemática em apreço seja interpretada da maneira mais adequada à supremacia dos interesses do menor, colocando-o como protagonista do caso concreto.

#### 4.3 A POSTURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PERANTE A PROBLEMÁTICA DA GUARDA INTERNACIONAL

Ao analisar as normas de direito internacional privado brasileiro, observa-se que elas não se atualizaram da mesma forma que as normas internacionais que tratam da proteção dos menores mediante o âmbito do direito de família.

Destarte, no que se refere ao direito de família, o Brasil ainda adota a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que adota em seu art.7º o domicílio como elemento de conexão.<sup>14</sup> Nessa seara, será regido pela lei brasileira o estrangeiro aqui domiciliado, não sendo relevante para o direito internacional privado brasileiro, via de regra, a nacionalidade do indivíduo ou qualquer disposição oriunda de sua lei nacional. De maneira análoga, o brasileiro domiciliado em Estado estrangeiro não mais será regulado pela lei brasileira acerca de sua capacidade e seus direitos de família, mas sim pela lei de seu domicílio (ARAÚJO, 2011).

Uma reflexão mais crítica permite constatar que, de maneira geral, o sistema de direito internacional privado brasileiro é estagnado, em razão de determinar a aplicação peremptória de determinada lei que pareceu mais adequada para resolução de certa questão. No entanto, as normas necessitam apresentar elementos de conexão que melhor assegure o interesse da criança. Nesse aspecto, a legislação nacional é falha, pois não estabelece uma sistemática favorável à resolução do litígio de maneira que melhor contemple a efetivação dos direitos fundamentais dos infantes. Dessa forma, o sistema simples, rígido e arcaico do direito internacional privado brasileiro necessita passar por mudanças, compatibilizando-se à realidade contemporânea (MÔNACO, 2008).

Corroborando para o raciocínio em construção, imprescindível se faz que o Brasil ratifique a Convenção de Haia Concernente à Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção da

---

<sup>14</sup> Art. 7º “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

Criança, aprovada em 1996. Tal necessidade decorre do fato de que as regras de competência previstas para definir as autoridades administrativas e judiciárias investidas de poder de apreciar a questão visam garantir decisões mais compatíveis com o desenvolvimento adequado da criança (ALVES, 2016).

Além disso, frise-se que há nítida incongruência entre as regras de direito material sobre a temática da guarda e a sistemática adotada pelo direito internacional privado brasileiro, o qual, por ser ramo do direito interno, necessita ser compatível com os demais ramos que o integram. Nesse ínterim, a ratificação da Convenção de Haia de 1996, além de compatível à lógica aplicada pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda se alinha e complementa as Convenções de 1980 e 1993, as quais o Brasil é signatário (MÔNACO, 2008).

Portanto, há de se considerar que a atualização, permitindo a aplicação da lei mais próxima à realidade do caso concreto, por ser mais apta a compreender o melhor interesse da criança, é a mais adequada para solução de questões envolvendo o Direito de Família. (ALVES, 2016).

## 5 UMA ANÁLISE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

A Conferência de Haia, composta por mais de sessenta Estados membros, representando, com isso, todos os continentes, é um fórum de discussões acerca de direito internacional privado, caracterizado por buscar a resolução de conflitos envolvendo sistemas jurídicos de países distintos.<sup>15</sup>

Nessa seara, o aludido fórum é uma Organização intergovernamental criada com o objetivo de assegurar a uniformização de procedimentos e normas relativas ao direito internacional privado, cujos temas abarcados englobam a proteção da criança e os direitos de família (MESSERE, 2005).

Assim sendo, a Conferência em comento tem o respeito aos direitos das crianças como uma de suas principais finalidades, tendo aprovado importantes convenções sobre essa temática desde 1902. Em relação a isso, destaca-se a Convenção sobre a lei aplicável à execução de sentença estrangeira em matéria de alimentos, a Convenção sobre adoção internacional, a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e a Convenção sobre a proteção das crianças (DOLINGER, 2003).

### 5.1 A DEFINIÇÃO DE SEQUESTRO À LUZ DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

A definição de sequestro, a partir da Convenção de Haia, não se confunde com a acepção clássica do termo no direito brasileiro. Ou seja, não se trata de sequestro criminal, mas sim de um deslocamento ilícito da criança no tocante ao país onde possui residência habitual e/ou manutenção indevida da criança em país distinto do que habitualmente fixava residência (MAURIQUE, 2009).

Sequestro para fins de aplicação da Convenção de Haia de 1980 adquire fácil compreensão a partir da seguinte explanação:

Apesar do nome, não se trata de “sequestro” como delito previsto no direito penal. A transferência ilícita e a retenção indevida de menor, de até 16 anos (4.º), em território nacional, sem a devida autorização do outro responsável pela guarda, configura sequestro internacional parental, sendo ilegal e injustificada, o que caracteriza ofensa ao dever de boa-fé que deve estar presente nas relações intersubjetivas. (DIAS, 2015, p. 550-551).

---

<sup>15</sup>Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

Mediante essa perspectiva, a subtração internacional de menores se caracteriza pelo afastamento não voluntário da criança em relação ao guardião legal ou convencional e consequente saída do infante onde residia habitualmente. Desse modo, nas circunstâncias em que os pais possuem guarda conjunta, nenhum deles poderá se transportar para outro território, juntamente com o menor, sob pena de caracterizar sequestro internacional, exceto quando houve a prévia autorização sobre esse deslocamento (RODAS e MÔNACO, 2007).

Outrossim, para que a transferência da criança configure ilicitude, é necessário que tal conduta tenha observado todos os requisitos estabelecidos pelo artigo 3º da Convenção, *in verbis*:

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. (BRASIL, 2000).

Nesse sentido, constata-se que a aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 vai além da simples transferência da criança. É necessário que todos os requisitos determinados pelo Decreto nº 3413/2000 (BRASIL, 2000) sejam preenchidos pela situação fática em análise.

## 5.2 A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESIDÊNCIA HABITUAL

A adequada aplicação das disposições do tratado em comento está condicionada ao correto entendimento acerca do Princípio da Residência Habitual. Entretanto, residência habitual não é um termo que foi bem definido pela própria convenção. Nesse sentido, é essencial ter ciência de que o conceito de residência habitual decorre da compreensão prévia das definições de residência e habitualidade. Além disso, possui um significado atrelado ao fator temporal, pois o decorrer do tempo pode alterar o local considerado residência habitual. Portanto, o emprego devido ao termo residência habitual está condicionado à apreciação correta dos fatos apresentados ao intérprete. (MESSERE, 2005).

Diante disso, a definição de residência habitual é a chave para garantir a correta eficácia da Convenção de Haia sobre o Sequestro internacional de Crianças, em razão de ser o

local para onde, via de regra, deverá a criança retida retornar. Desse modo, as medidas de segurança tomadas no âmbito da aplicabilidade da Convenção em análise devem se voltar para permitir o regresso do infante ao seu habitat afetivo, social e cultural de origem (MÉRIDA, 2011).

Nessa perspectiva, as distinções de semântica entre domicílio e residência nas legislações dos países e a busca por um entendimento unificado deu margem ao surgimento do termo residência habitual, o qual figura como elemento de conexão para análise do pedido de cooperação jurídica internacional. Desse modo, a Convenção parte do pressuposto que é o lugar que a criança efetivamente se sente vinculada e integrada, devendo o poder judiciário ali atuante julgar as questões pertinentes ao direito de guarda do menor (DEL'OLMO, 2014).

Seguindo essa lógica, constata-se que a Convenção tem como pressuposto assegurar o “respeito” do Princípio da Residência Habitual, o qual deve ser levado em consideração para determinar o juízo competente para apreciar e julgar a problemática em torno da custódia da criança (LOGRADO, 2013).

Ademais, os Princípios da Residência Habitual e do Melhor Interesse da Criança são assegurados pela Convenção por meio da restituição voluntária do infante. Essa ideia se coaduna com a finalidade última da Convenção: assegurar a resolução do conflito, utilizando-se de mecanismos que minimize o máximo possível os reflexos negativos do contexto conflituoso à vida e ao desenvolvimento do menor (MAURIQUE, 2009).

É, todavia, fundamental perceber que, em conformidade com o disposto na Convenção, o direito de guarda pressupõe o direito de fixação da residência habitual dos filhos. Assim, havendo decisão judicial, administrativa ou convencional, que determine o regime de guarda unilateral, lícita será a conduta do guardião em modificar a residência habitual do menor, ainda que isso obstaculize a concretização do direito de visita do genitor não guardião. Ou seja, nessas circunstâncias, aquele que não dispuser da guarda, não possui legitimidade para reclamar o retorno do infante à sua antiga residência habitual. Todavia, frise-se que a possibilidade de alteração da residência habitual somente é lícita em momento posterior à fixação do regime da guarda da criança (RODAS e MÔNACO, 2007).

Por conseguinte, é notório observar que, ao utilizar o princípio da Residência Habitual como base, a Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de crianças visa garantir a proteção do melhor interesse da criança, a qual tem direito de ser afastada de qualquer prejuízo emocional e psicológico quando inserida em um contexto conflituoso entre os seus genitores.

### 5.3 A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA

A Convenção de Haia de 1980 se aplica quando o caso em questão envolver a presença de três requisitos essenciais: a) país da residência habitual do infante e país para onde ele foi levado aderente à Convenção, b) criança em questão com idade inferior a dezesseis anos e c) transferência ou retenção ilícita do menor, constatando-se nítida violação ao exercício do direito de guarda nos termos da lei do Estado da residência habitual da criança (MORLEY, 2007).

Presentes os três requisitos supracitados, compete ao judiciário do Estado para onde a criança foi levada receber o pedido de cooperação jurídica internacional respaldado na Convenção. Analisar os três requisitos estão presentes ao caso concreto é dever do magistrado (DEL'OLMO, 2014).

Sobre a imprescindibilidade da observância da lei de outro Estado inserido no conflito, tem-se que o comportamento da autoridade central de cada Estado deve se alinhar ao comportamento da congênere estrangeira. Se o Estado envolvido no conflito não conhece determinada decisão, ao outro Estado é razoável agir em compatibilidade com a lógica adotada (MESSERE, 2005).

Destarte, observa-se que, além do Estado inserido no conflito ter aderido à Convenção, deve haver cooperação e reciprocidade com relação ao outro Estado envolvido na lide. Porém, é essencial que a conduta considerada ilícita assim o seja conforme previsão do ordenamento jurídico do país em que o menor tenha fixado sua residência habitual. É o que estabelece o artigo 16 da Convenção em comento.<sup>16</sup>

Nessa seara, uma vez observada a presença dos requisitos supracitados, estabelece o artigo 2 da Convenção em comento que: “Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.”<sup>17</sup>

Sobre essa disposição do artigo supracitado, é interessante ressaltar que o responsável por tomar medidas adequadas para solucionar a problemática decorrente de eventual sequestro internacional é o Estado e não o pai ou a mãe (MESSERE, 2005).

---

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

<sup>17</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm) Acesso em 11 de maio de 2018

Ademais, convém observar que a aplicação da Convenção de Haia de 1980 está condicionada à definição de criança adotada pelo seu artigo 4. O presente trabalho, seguindo essa lógica, também adotou o conceito em questão, conforme já explicitado no capítulo anterior.

#### 5.4 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A natureza da Convenção em estudo, não é a de lei aplicável ou de reconhecimento de decisões, mas, basicamente, de cooperação. Nesse sentido:

Com vistas a objetar às questões da lei aplicável, considerada um sistema de cooperação, de caráter legislativo, judicial e administrativo, a Convenção é inovadora em vários aspectos e não segue o modelo tradicional. A Convenção não é um veículo para decidir questões de acesso ao filho. Em vez disso, seu principal objetivo é garantir que as crianças raptadas sejam devolvidas ao país de residência habitual. Parte do pressuposto de que os litígios sejam resolvidos adequadamente no país onde a criança reside habitualmente. A Convenção prevê um caminho administrativo e um caminho judicial para as partes que buscam alívio. Estes dois caminhos não são mutuamente exclusivos, o lesado pode exercer um ou ambos: 1) a assistência administrativa para garantir retorno de uma criança pode ser obtida através de um aplicativo para uma designada Autoridade Central do país onde a criança reside habitualmente, ou em qualquer outra nação que é parte da Convenção; 2) uma parte pode também iniciar um processo judicial no país onde a criança está situada. O evento de início do processo judicial no âmbito da Convenção pode solicitar: o retorno da criança ilicitamente recebida, ou a organização ou o exercício efetivo dos direitos de acesso a uma criança (MÉRIDA, 2011, p. 11-12)

Desse modo, cabe trazer a lume a essencialidade da cooperação jurídica internacional para garantir a eficácia da Convenção de Haia de 1980. Tal instituto pode ser conceituado como um “intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro” (ARAÚJO, 2011, p.499).

A cooperação jurídica internacional tem como finalidade, portanto, valer-se do trabalho conjunto entre os Estado, impedindo que a saída das fronteiras nacionais anule o acesso ao Poder Judiciário. Esse esforço entre os sujeitos do direito internacional é próprio da globalização, sendo essencial a celebração de tratados que sirva de base jurídica para prestação de auxílio jurídico recíproco (BRASIL, 2015).

Nessa perspectiva, a Convenção em estudo estabelece um sistema de cooperação entre autoridades administrativas e judiciais dos Estados contratantes, cuja finalidade é dispor de todos os meios disponíveis para obter o máximo de controle da situação e garantir o regresso

da criança à sua residência habitual, afastando-a de eventuais riscos. Além disso, essa cooperação também se pauta no respeito de guarda existente entre os Estados envolvidos no caso concreto (PÉREZ-VERA, 1982).

Assim, o artigo 7 da Convenção de Viena sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças estabelece expressamente a cooperação jurídica internacional ao determinar que a cooperação entre as autoridades centrais deve possibilitar a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados de modo a possibilitar a concretização dos objetivos pretendidos pelo instrumento normativo objeto deste estudo.<sup>18</sup>

As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. (BRASIL, 2000).

Nessa conjuntura, o meio de cooperação jurídica internacional empregado para aplicar a Convenção é o auxílio direto. Nesse instrumento de cooperação, possui o magistrado competência para aferir se a situação concreta apresenta todos os requisitos necessários para configuração de sequestro nos termos definidos pelo referido diploma. Em relação a questões procedimentais, é dispensável carta rogatória ou homologação de sentença estrangeira sempre que se postular atos sem conteúdo jurisdicional de autoridades nacionais. É, por conseguinte, um importante elo ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos dos diferentes Estados (D'OLMO, 2014).

Nesse sentido, a Convenção de Haia segue a nova tendência do direito de família internacional, inovando ao priorizar uma colaboração entre os Estados contratantes que supera certo apego à formalidades. Objetiva, portanto, não só cooperação jurídica entre autoridades judiciais em seus termos tradicionais (concessão de *exequatur* às cartas rogatórias ou ação de homologação de sentença estrangeira), mas também uma cooperação processual que pressupõe atuação de órgãos do poder governamental, as autoridades centrais (CARNEIRO E NAKAMURA, 2015).

Diante disso, a Convenção de Haia de 1980 determina que os pedidos de cooperação jurídica internacional, no âmbito do tratado, sejam realizados por meio das mencionadas Autoridades Centrais, conforme disposto em seu artigo 6º “Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.”

---

<sup>18</sup> Artigo 17: “As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.”

Importa destacar, ainda, que esse trâmite para efetuar pedidos de auxílio direto se dá tanto na modalidade passiva, quanto na modalidade ativa. Esse mecanismo, inegavelmente, conduz a um estreitamento das relações entre os países e a simplificação das comunicações, acelerando a efetividade desses pedidos. (BRASIL, 2015)

Nesse aspecto, imperioso constatar a relevância que possui a autoridade central na garantia da eficácia e aplicação do tratado posto em análise. Assim, possui a aludida autoridade legitimidade para adotar inúmeras providências no âmbito da Convenção, a qual em seu artigo 7 traz um rol dessas diligências. A título de exemplo, pode-se citar: localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente; assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retomo da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita.

## 5.5 EXCEÇÕES AO RETORNO DA CRIANÇA AO PAÍS DE SUA RESIDÊNCIA HABITUAL

Com o intuito de abarcar as mais variadas hipóteses de casos concretos, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças prevê a possibilidade de o menor permanecer no território em que foi levado ilicitamente, quando reste comprovado que tal medida melhor se coaduna a assegurar o Princípio do Superior Interesse do Infante, o qual figura como premissa basilar do tratado.

A partir dessa lógica, embora a regra estabelecida pela Convenção seja o retorno imediato do infante ao país de sua residência habitual, a observância de certas circunstâncias pode excepcionar a referida determinação. Essas exceções estão expressas nos artigos 12, 13 e 20 do tratado em estudo. Todavia, importa enfatizar a necessidade de realizar uma interpretação restrita acerca dessas exceções, impedindo que a Convenção perca a sua eficácia. Assim, tem-se que:

[...] necessário subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas. La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de

cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado. (PÉREZ-VERA, 1982, p. 8-9).

Nessa perspectiva, o artigo 13 da Convenção prevê duas circunstâncias em que o menor não deverá retornar ao país de sua residência habitual: quando 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 quando comprovado 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.

É observado, ainda, que 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.

Sobre a hipótese relativa à existência de grave risco para criança em caso de retorno, é essencial ressaltar que não deve ser tida como consequência natural da restituição. Somente realidades extremas e fora da normalidade podem figurar como ameaça minimamente dotada de concretude para justificar que o infante não regresse ao país de sua residência habitual (BRASIL, 2015).

Complementando o raciocínio desenvolvido, a expressão “grave risco” deve ser interpretada tanto na vertente do dano psicológico, como na vertente de dano físico. Portanto, impedir que a criança seja reinserida em um meio familiar perigoso ou abusivo é uma medida de caráter humanitário. O que deve ser observado com cautela é o motivo ensejador da subtração do infante ao seu habitat, impedindo-o de ser utilizado como instrumento de vingança por parte de um dos genitores. Assim, nos casos de evidente essencialidade da retirada do menor para garantir sua segurança, a exceção do artigo 13 é de suma relevância (MAURIQUE, 2015).

Além disso, destaque-se que a exceção do grave risco deve ser aplicada não só em relação ao menor, mas sim ao meio familiar como um todo. Desse modo, a comprovação de violência doméstica contra a mãe também deve ser invocada, a fim de justificar a manutenção do menor em local distinto ao da sua residência habitual, em razão de ser uma hipótese de

nítido abuso ao lar conjugal, ocasionando, indubitavelmente, prejuízos à criança (MAURIQUE, 2015).

Nessa perspectiva, é inegável considerar a premente vinculação da autoridade judicial à interpretação zelosa e restrita da Convenção. Inclusive, a própria Conferência de Haia se manifestou, em 1993, por intermédio do seu Primeiro-Secretário, Adayr Dyer, que acompanhou de perto a evolução não só da Convenção de 1980, mas também de outras convenções e após sua implementação pelos tribunais declarou ser a aplicação do artigo 13 contrário ao objetivo do tratado em devolver a criança ao seu país de origem. Por isso, sua utilização requer cautela, porém, não de maneira excessiva (CARNEIRO E NAKAMURA, 2015).

Dito de outra forma, é necessário que haja ponderação por parte do julgador, a fim de interpretar a situação conflituosa da maneira adequada, assegurando que as disposições do diploma internacional analisado sejam invocadas a partir de um raciocínio lógico e coerente ao interesse da criança subtraída.

Ademais, quanto a redação do artigo 12, observa-se que quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

No entanto, é feita a ressalva de que a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de uma 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.

Sobre tal exceção, é defesa a manutenção da criança ao país em que foi levada, uma vez comprovada a sua integração ao novo meio, tendo decorrido o lapso temporal de um ano entre a data da transferência e a data do início do processo. No entanto, cabe observar que a morosidade do Poder Judiciário de certos países, a exemplo do Brasil, não deve ser invocada para impedir a adequada aplicação do tratado (LOGRADO, 2013).

Outrossim, o artigo 20 determina, ainda, que o retomo 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.

Portanto, é cristalina a finalidade última da convenção: proteger os interesses dos menores, garantindo, em regra, o seu retorno ao país de residência habitual. Todavia, nas situações em que tal regresso figura como prejudicial à integridade física, mental ou emocional da criança, convém aplicar as excepcionalidades dispostas na Convenção. (PEREZ-VERA, 1982).

## 5.6 RECEPÇÃO E APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO NO BRASIL

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças entrou em vigor no Ordenamento Jurídico Brasileiro em 14 de abril de 2000, vinte anos após sua elaboração, por meio do Decreto nº 3413/00. A partir desse Decreto, o Estado Brasileiro passou a assumir o compromisso internacional em adotar medidas e providências, no que for cabível, para solucionar problemáticas envolvendo sequestro internacional de menores. Posteriormente, em 04 de outubro de 2001, o Decreto nº 3.951 designou a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), ente integrante do Poder Executivo Federal, como Autoridade Central para tratar do sequestro internacional de crianças no Brasil. (Araújo, 2006, p. 507).

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças entrou em vigor no Ordenamento Jurídico Brasileiro em 14 de abril de 2000, vinte anos após sua elaboração, por meio do Decreto nº 3413/00. A partir desse Decreto, o Estado Brasileiro passou a assumir o compromisso internacional em adotar medidas e providências, no que for cabível, para solucionar problemáticas envolvendo sequestro internacional de menores. Posteriormente, em 04 de outubro de 2001, o Decreto nº 3.951 designou a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), ente integrante do Poder Executivo Federal, como Autoridade Central para tratar do sequestro internacional de crianças no Brasil (ARAÚJO, 2006).

Nesse contexto, perante os casos de pedido de cooperação jurídica internacional, em razão da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, o poder judiciário brasileiro deverá, inicialmente, se certificar da presença de todos os requisitos necessários à aplicação do tratado. Em relação ao juízo competente para atuar nessa problemática, o art.109, I e III, da Constituição Federal estabelece que é a Justiça Federal.<sup>19</sup>

No entanto, destaque-se que, em casos de subtração internacional de menores, não compete ao judiciário brasileiro adentrar em questões que envolvem o direito de guarda, pois,

---

<sup>19</sup> Art. 109: “Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.”

conforme já explicitado no presente trabalho, a referida matéria é de competência do país de residência habitual do infante. Há, contudo, a possibilidade de o judiciário brasileiro decidir a problemática da guarda quando a Justiça Federal decidir sobre a não aplicação da Convenção ao caso concreto. Nessa hipótese, caberá à Justiça Estadual decidir com quem ficará a criança. (BRASIL, 2015).

Em relação ao pedido de cooperação no Brasil, os agentes atuantes no trâmite são: Autoridade Central Administrativa Federal da Secretaria de Direitos Humanos (ACAF-SEDH), INTERPOL, Ministério Público Federal (MPF), Ministro das Relações Exteriores (MRE), Advocacia Geral da União (AGU) e Judiciário. Em relação ao pedido de cooperação passiva, esse se inicia na ACAF-SEDH, a qual empreende todos os esforços possíveis para obter êxito em localizar a criança. Na hipótese de tal tentativa restar frustrada, o caso é encaminhado para a INTERPOL, que faz a localização do infante e tentativa de mediação entre as partes. No entanto, quando a mediação é frustrada, a AGU realiza uma análise minuciosa da problemática em questão (LOPES, 2010).

Durante todo o procedimento adotado, a ACAF-SEDH segue no processo como informante à Autoridade Central requerente. Havendo decisão favorável ao retorno do menor, negociam-se as condições com o auxílio do MRE, se necessário. Porém, na circunstância de comprovado risco pra criança, o caso passa a ser acompanhado pelo MPF. Nesse contexto, a AGU tem uma importante atuação, pois deverá averiguar se o conflito preenche os requisitos formais da Convenção de Haia de 1980 e, a partir disso, ajuizará uma Ação de Busca e Apreensão perante a Justiça Federal (LOPES, 2010).

Destarte, a AGU, nos moldes dos artigos 131 da Constituição Federal e 1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, possui o “jus postulandi” em relação à União, pessoa jurídica que abarca todos os órgãos federais desprovidos de personalidade jurídica (categoria a qual pertence a Secretaria de Direitos Humanos). Convém enfatizar que a União atua como legitimada ordinária, com a pretensão de defender seus interesses inerentes ao cumprimento de obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil em decorrência de ratificação do tratado internacional em análise. Portanto, frise-se que atuação da AGU não advém de interesse privado dos genitores da criança objeto do conflito (BRASIL, 2015).

Por outro lado, quando os pedidos são enviados pelo Brasil, configurando cooperação ativa, a ACAF-SEDH recebe o pedido e encaminha-o à Autoridade Central do país para onde o menor foi levado. Essa Autoridade Central requerida pode acionar a INTERPOL ou, ainda,

os Consulados brasileiros podem prestar apoio para que o retorno da criança seja bem sucedido (LOPES, 2010).

Diante do exposto, é forçoso perceber que o Brasil adota um procedimento específico para aplicação das diretrizes presentes na Convenção de Haia de 1980, objetivando, com isso, satisfazer o escopo desta: garantir a tutela máxima à criança vítima de um contexto conflituoso que envolve sua retirada involuntária do país de residência habitual.

## **6 ESTUDO DE CASO HIPOTÉTICO: A SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DA MENINA GLÓRIA.**

### **6.1. SÍNTESE DOS FATOS**

Com o objetivo de realizar um estudo prático da temática trabalhada no presente trabalho, analisar-se-á o seguinte caso hipotético:

Marta Andrade conheceu o Norueguês Soren Haugen em Natal/RN, quando esse veio ao Brasil com finalidades turísticas. Na época, a potiguar prestava serviços como “profissional do sexo”, em Ponta Negra, e foi contratada pelo norueguês. Desde então, o estrangeiro passou a contratar com frequência os serviços de Marta, vindo a desenvolver um relacionamento amoroso com essa. Mediante tais circunstâncias, o turista convidou Marta para morar com ele na Noruega.

Com o intuito de construir uma vida ao lado de Soren, a brasileira se mudou para a Noruega, onde contraíram matrimônio em 30 de julho de 2009. Durante a constância da sociedade conjugal, o então marido se encarregara de todos os trâmites comuns à vida cotidiana que envolvia conhecimento linguístico e tecnológico, sendo o Sr. Soren exímio especialista na área de informática.

No entanto, aos poucos, a convivência entre o casal começou a ficar conturbada devido ao comportamento possessivo e violento de Soren, intensificado com a gravidez da esposa. Ou seja, ainda grávida, Marta foi vítima de violência doméstica. Assim sendo, em 29 de março de 2010, Glória Andrade Haugen nasceu em Oslo.

Após o nascimento da criança, Soren passou a demonstrar desinteresse em exercer sua paternidade, desinteresse logo transformado em atitudes violentas direcionadas à filha ainda nos primeiros estágios da primeira infância (tais quais arremesso de objetos na cabeça da criança e agitação violenta por ocasião de choro).

Inserida nessa problemática, Martha se divorciou de Haugen em 25 de maio de 2013, mediante a justiça norueguesa. A Corte, então, estabeleceu o regime de guarda compartilhada da menor Glória.

Acontece que a genitora começou a observar mudança substancial no comportamento da filha sempre que esta retornava do encontro com a figura paterna. A criança se apresentava arredia e abatida. Inclusive, começou a apresentar comportamento sexual atípico para uma infante da sua idade (quatro anos), passando a imitar posições e gestos sexuais de maneira frequente com o auxílio de seus bichinhos de pelúcia.

Em razão disso, Marta afirmou que procurou saber de Jorgen o motivo para os referidos comportamentos por parte de sua filha, afastando-o do convívio com a infante por certo período. Porém, aceitou manter a guarda compartilhada por confiar em uma mudança de atitude por parte do ex-marido.

Entretanto, o ex-casal passou a ter uma relação extremamente complicada, motivo pela qual a brasileira ajuizou ação de revisão de guarda e prestou queixa, na delegacia, em decorrência de suposto abuso sexual praticado por seu ex-cônjuge em relação a sua filha.

Todavia, embora o Inquérito Policial tenha sido instaurado, foi posteriormente arquivado, tendo em vista que a polícia argumentou não ter encontrado material probatório suficiente para incriminar o genitor. Além disso, o fato de o ex-marido ter conseguido provar que Marta era garota de programa, de certa forma, contribuiu para as autoridades questionarem sua credibilidade.

Diante desse cenário, o desconhecimento dos costumes e leis do país em que agora habitava e havendo ameaça concreta de perder a guarda de sua filha, a genitora, em ato de desespero, e visando a proteção e resguardo da infante, retornou com Glória ao Brasil, fixando residência em Parnamirim/RN, em setembro de 2014, sem nada comunicar a Soren, o qual somente tomou ciência do fato em 30 de setembro de 2014.

Ato contínuo, Soren informou a referida subtração à autoridade norueguesa competente. Destarte, o Estado Norueguês, signatário da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, invocou suas disposições para realizar o pedido de cooperação jurídica internacional ao Estado Brasileiro, a fim de que procedesse à adoção de medidas necessárias que assegurassem o retorno da menor à Noruega. O mencionado pedido de cooperação jurídica internacional foi enviado à Secretaria de Direitos Humanos em 05 de dezembro de 2014. Marta, embora devidamente notificada no processo administrativo, não apresentou resposta formal à Autoridade Central no prazo estabelecido.

Desse modo, a Advocacia Geral da União (AGU), representando a União, enquanto sujeito de direito internacional e signatário do referido tratado, ajuizou uma Ação de Busca e Apreensão em face de Marta com o escopo de garantir a restituição da infante ao país de sua então residência habitual.

## 6.2 ESTUDO JURÍDICO DO CASO

### **6.2.1 Da aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980 como instrumento normativo cabível**

A priori, convém analisar se o caso apresenta os requisitos necessários para justificar a aplicabilidade da Convenção de Haia de 1980. Sobre isso, frise-se que os dois Estados hipoteticamente envolvidos são signatários da aludida Convenção (Noruega, país da residência habitual do infante e Brasil, país para onde a criança foi trazida). Sendo assim, é também necessário observar que a infante subtraída possui idade inferior a dezesseis anos. Além disso, a retenção ilícita nitidamente violou o direito de guarda nos termos da lei do Estado da residência habitual da criança. Tal premissa se ratifica uma vez que, consoante apresentado na síntese fática fictícia, a Corte Norueguesa já havia estabelecido o regime de guarda compartilhada entre os genitores de Glória.

Destarte, a partir da aplicação do supracitado tratado como instrumento normativo cabível e supondo não ter havido a resolução da problemática em âmbito administrativo, a AGU, representando a União, também pessoa jurídica de direito público externo e, portanto, vinculada ao cumprimento de compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, possui legitimidade para ajuizar ação de busca e apreensão da menor subtraída ilicitamente da Noruega. A aludida demanda deverá ser apreciada e julgada pela Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, em razão de a criança sequestrada ter passado a residir com sua mãe em Parnamirim/RN.

### **6.2.2 Dos fundamentos que justificam a manutenção da criança subtraída em território brasileiro**

Ao apreciar as minúcias do caso hipotético, deverá o Poder Judiciário atentar para os consistentes indícios de violência sexual sofrida pela menor. Esse enfoque é de extrema relevância, considerando-se que a finalidade última do tratado em questão é assegurar a tutela do Princípio do Superior Interesse da Criança, blindando-a de qualquer prejuízo de ordem física, psicológica, moral ou emocional.

Em decorrência disso, o artigo 13 da Convenção de Haia de 1980, em sua alínea b, prevê exceção ao retorno imediato da criança sequestrada quando observado “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”.

Portanto, a leitura do citado dispositivo permite constatar que não é essencial haver uma comprovação inequívoca acerca de potencial risco, apenas se faz imprescindível que esse risco seja dotado de concretude.

Assim, mediante suspeitas de abuso sexual sofrido pela criança, a produção de um laudo psicológico bem fundamentado, cujo teor aponte para a presença de fortes indícios e alterações de comportamento por parte da infante, já seria suficiente para justificar a manutenção da menor no Brasil, pois o bem-estar da criança deverá ser garantido e priorizado, deixando qualquer interesse relativo aos pais para o segundo plano.

Acerca da imprescindibilidade da realização de perícia judicial psicológica em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já estabeleceu que:

CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS. COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE ESTADOS. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. REPATRIAÇÃO.

1. Cinge-se a controvérsia à aplicação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, ratificada pelo ordenamento jurídico brasileiro vinte anos após sua conclusão mediante a edição do Decreto n. 3.413, de 14.4.2000, que entrou em vigor na data de sua publicação no DOU em 17.4.2000, tendo como objetivo (artigo 1º): "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". 2. A competência para a ação de repatriação proposta pela União em cumprimento a tratado internacional é da Primeira Seção (Regimento Interno, art. 9º, § 1º, XIII), ao contrário da ação de guarda, de direito de família, cuja competência é atribuída à Segunda Seção. 3. A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças tem como escopo a tutela do princípio do melhor interesse da criança, de modo que nos termos do caput do art. 12 da referida Convenção, "Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança".

4. De acordo com o REsp 1.239.777/PE, Rel. Min. César Asfor Rocha, **a Convenção da Haia, não obstante apresente reprimenda rigorosa ao sequestro internacional de menores com determinação expressa de retorno deste ao país de origem, garante o bem estar e a integridade física e emocional da criança, o que deve ser avaliado de forma criteriosa, fazendo-se necessária a prova pericial psicológica** 5. Na hipótese dos autos, a ação foi proposta após o prazo de 1 (um) ano a que se refere o art. 12 caput da Convenção. Sendo que o acórdão recorrido, ao reformar a sentença para que a menor permanecesse em solo brasileiro assentou que "diante da constatação no estudo psicológico de que a menor se encontra inteiramente integrada ao meio em que vive e que a mudança de domicílio poderá causar malefícios no seu futuro desenvolvimento -, e do próprio reconhecimento da Autoridade Central Administrativa de que "não seria prudente, portanto, arriscar que ela vivencie uma nova 'ruptura' de vínculos afetivos, especialmente em virtude de sua tenra idade" (três anos à época da avaliação) -, a "interpretação restritiva" dada pelo ilustre Juiz ao art. 12 da Convenção, determinando o imediato regresso à Argentina, quatro anos depois do seu ingresso em solo nacional (hoje conta com seis anos), vai de encontro à finalidade principal da Convenção, que é a proteção do interesse da criança".

6. Nesse ponto, melhor destino não se revela o recurso, pois a tarefa de apreciar os elementos de convicção e apontar o "melhor interesse da criança" não ultrapassa a

instância ordinária, soberana no exame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ. Precedentes: (REsp 900262/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/6/2007, DJ 08/11/2007; REsp 954.877/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/9/2008, DJe 18/9/2008) Recurso especial não conhecido. (REsp 1293800/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 05/06/2013) (grifos acrescidos)

Há de ser observado, portanto, que a presença de contundentes evidências em torno do cometimento de abuso sexual contra Glória ensejaria a manutenção de seu afastamento em relação a um possível agressor. Trata-se, inclusive, de uma medida de caráter humanitário e condizente à preservação dos direitos fundamentais da infante.

Outro ponto que mereceria enfoque é o fato de a mãe da criança ter sido vítima de violência doméstica por parte de seu então marido. Frise-se, ainda, que os episódios de agressão aconteceram até mesmo durante o período em que gerava Glória em seu ventre. A reflexão crítica sobre as referidas circunstâncias conduz à percepção de que a conduta de um homem agressor da sua própria esposa grávida de uma filha sua é, no mínimo, indicativa de evidente desvio de caráter.

Nesse sentido, o artigo 20 da Convenção de 1980 estabelece que o retorno da criança ao seu país de origem pode ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido. Esses princípios aos quais o dispositivo faz referência diz respeito aos direitos humanos e as liberdades individuais.

Por conseguinte, consentir que uma criança seja exposta a um cenário de violência doméstica e, possivelmente, sexual seria inconcebível e fere nitidamente as garantias fundamentais de Glória, que não deve ser exposta a um meio familiar tão conturbado em razão de práticas agressivas por parte de seu genitor.

Outrossim, observe-se que o texto da alínea b, do artigo 13 do tratado em comento, ao se valer da expressão “grave risco”, abarca não só as hipóteses de ameaça à criança, mas também o risco ao qual se expõe o seu contexto familiar, o que inclui ocorrência de violência doméstica.

Diante disso, é válido afirmar que o retorno da infante à Noruega não seria a medida adequada a ser tomada. Ademais, destaque-se que, nas circunstâncias observadas, a menor já possuiria plenas condições de se encontrar adaptada ao Brasil, fazendo jus ao artigo 12 do tratado ora abordado.

O aludido argumento adquire validade uma vez que, consoante à hipótese tratada, Glória teria fixado residência no país há quase quatro anos, desde setembro de 2014. Nesse ínterim, por se tratar de criança de tenra idade (atualmente teria oito anos) é inegável que seus primeiros anos de vida foram fundamentais para construção de sua identidade própria, bem como para assimilação da realidade a sua volta.

Assim sendo, como teria chegado ao território brasileiro com quatro anos de idade, é muito provável que a herança cultural, social e afetiva trazida da Noruega pouco exerça influência sobre sua personalidade ou formação no momento presente. Certamente, a criança deve se sentir muito mais familiarizada ao português do que ao norueguês, por exemplo. Isso seria facilmente perceptível quando da elaboração de laudo judicial psicológico na fase de instrução processual.

Além disso, consoante George Lima, coordenador geral da Autoridade Central Administrativa Federal, 171 casos envolvendo sequestro internacional de crianças aguardavam julgamento no Brasil em maio de 2014, sendo que 95% dos sequestros haviam sido realizados por mães após o fim do relacionamento com o genitor dos infantes envolvidos, cuja motivação em 80% dos casos é a violência doméstica<sup>20</sup>

Esse dado é de notória expressividade ao estudo, pois, embora o caso concreto objeto desta análise seja hipotético, foi baseado em um caso real que se enquadra nos significativos percentuais citados, tendo em vista que foram observados episódios de espancamento da genitora brasileira durante o seu período gestacional, além das fortes suspeitas em torno da prática de violência sexual exercida pelo genitor contra sua filha.

Ou seja, constata-se que, em muitas circunstâncias, a retenção ilícita do filho em um país que não o de sua residência habitual se apresenta como única alternativa encontrada pela mãe para garantir sua própria segurança e a de sua prole.

Nesses casos, o cumprimento das disposições estabelecidas pela Convenção de Haia de 1980 necessita passar por um juízo de equidade, razoabilidade e proporcionalidade por parte do aplicador da lei, de modo que não é sempre defensável o retorno na criança ao seu lugar de origem.

Há, na verdade, uma complexidade de fatores sociais, culturais, afetivos e econômicos que contribuem para a adoção de uma postura tão radical por parte do genitor sequestrador, a exemplo de falta de autonomia financeira para viver no país escolhido para residir, inserção precária no mercado de trabalho local, temor de perder a guarda da criança, desconhecimento

---

<sup>20</sup> Dado fornecido pela Associação dos Advogados de São Paulo

da legislação do país da residência, falta de identidade cultural ou insuficiente fluência no idioma do país de residência.

Em relação ao desconhecimento da cultura local, esse pode ser um fator relevante para uma eventual avaliação negativa do genitor por parte das autoridades estrangeiras competentes. Não são raras às vezes em que o comportamento do estrangeiro nos contatos com assistentes sociais e representantes de conselhos tutelares ou em audiências judiciais, por exemplo, decide as autoridades a lhe negarem a guarda do menor, tendo em vista que esse comportamento é interpretado como desrespeitoso, combativo ou, até mesmo, excessivamente emotivo.

Em decorrência disso, é imprescindível cautela ao apreciar as peculiaridades de cada caso concreto, pois serão elas as chaves mestras para um deslinde adequado da demanda em que haja a efetiva proteção e priorização dos direitos fundamentais do infante objeto do conflito.

Assegurar que o superior interesse do menor seja priorizado pode, inclusive, requerer que o julgador rompa e transcenda certos estereótipos sociais popularmente aceitos como verdades absolutas. No caso em discussão, a genitora atuou como profissional do sexo tanto no Brasil, como na Noruega. Todavia, ao ponderar e avaliar todas as circunstâncias, esse fato não deverá figurar como determinadamente negativo para definir se a criança deve ou não permanecer em território brasileiro sob os cuidados de sua mãe.

Essa premissa se fortalece quando verificado que a legislação brasileira não criminaliza a prostituição, tampouco prevê expressamente que seu exercício resulta em perda do poder familiar. Nesse sentido, o rótulo construído socialmente em torno da prostituição apenas se pauta em moralismo, muitas vezes revestido de preconceito, que não conduz a um julgamento que seria adequado à realidade apreciada. Apesar da profissão, a prostituta pode sim educar uma criança a partir de valores éticos e pessoais mais nobres do que outro genitor que tenha uma profissão “bem vista” pela coletividade.

Outrossim, é importante observar que fazer retornar a criança, exige, via de regra, que o genitor sequestrador também retorne para assegurar o direito à convivência com os pais por parte do infante. Contudo, isso pode apresentar sérias complicações quando ele não quer, ou não tem condições de regressar, dando margem ao questionamento sobre a recomendabilidade de determinar a volta da criança sozinha ao país de origem.

Nessas hipóteses, é essencial cautela para evitar que essa linha argumentativa seja utilizada por todo genitor sequestrador como arma para fazer vingar o seu sequestro.

Ademais, em outra abordagem, ponto que merece destaque é a definição do que seria abuso sexual. Esse debate se faz pertinente tendo em vista que a hipótese em discussão envolve culturas e ordenamentos jurídicos distintos. Nesse sentido, a compreensão de abuso sexual por parte do judiciário brasileiro se coadunaria com o conceito de abuso sexual aplicado na Noruega? Qual seria a legislação competente para estabelecer tais limites conceituais?

Em uma primeira análise, há uma tendência natural de se optar pela interpretação do abuso sexual a partir de uma conjuntura cultural que se apresente minimamente familiar ao aplicador da lei. No entanto, é necessário ir além e apreciar a realidade prática por meio da ótica da interculturalidade e do pluralismo jurídico para se chegar ao objetivo central da problemática em comento, qual seja garantir a proteção e supremacia do interesse da infante.

Nesse sentido, embora a presente reflexão gere entendimentos controversos, é necessário que a complexidade da questão não seja relativizada em detrimento de uma tentativa de impor certa hegemonia cultural.

Sobre essa questão, importa, ainda, trazer à tona um debate relativo aos elementos de conexão, a fim de determinar a legislação competente para incidir na hipótese tratada. Via de regra, caso o elemento de conexão estabeleça que deverá ser aplicada uma lei estrangeira, aplicar-se-á essa. Entretanto, na esfera do direito internacional privado, há hipóteses em que a lei estrangeira não será aplicada ainda que essa aplicação esteja prevista pelo elemento de conexão.

Dessa maneira, o art.17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, apresenta em seu conteúdo uma dessas hipóteses ao declarar que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”<sup>21</sup>

À vista disso, como o caso fictício envolve proteção aos direitos fundamentais de uma criança, tal tutela deverá figurar como interesse do Estado, uma vez que este possui a obrigação de adotar integralmente as medidas necessárias para salvaguardar todo e qualquer infante que esteja em território nacional. Por conseguinte, compreende-se que a defesa dos interesses dos menores é uma questão de ordem pública. Desse modo, se a legislação norueguesa for contrária à ordem pública brasileira, não será aplicável ainda que o elemento de conexão assim determine.

---

<sup>21</sup>Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em: 05 de junho de 2018.

A partir dessa perspectiva, é imperioso averiguar qual seria o elemento de conexão cabível à hipótese em comento. Sobre isso, a Convenção de Haia de 1980, em seu artigo 5, alínea a, designa que a legislação aplicável para determinar questões alusivas ao direito de guarda é a atinente ao país de residência habitual do menor. No caso em estudo, a legislação norueguesa, portanto.

A LINDB, por outro lado, fixou em seu art. 7º que a legislação competente para apreciar e julgar as demandas envolvendo direitos de família é a do país em que domiciliada a pessoa.

Ao proceder a uma análise mais superficial, como direito de guarda está abarcado pelo direito de família, percebe-se que há um conflito aparente entre os elementos de conexão estabelecidos pela legislação brasileira e pelo tratado mencionado, pois domicílio e residência habitual possuem definições distintas. Todavia, ao realizar uma reflexão aprofundada, constata-se que é possível interligar os conceitos de residência habitual e de domicílio.

Em que pese possuir uma definição doutrinária complexa, para os fins da problemática em torno do sequestro internacional e incidência da Convenção de Haia de 1980, é válido constatar que domicílio se equipara à residência habitual, tendo em vista que refletem o mesmo significado pertinente ao lugar em que a criança pratica os atos de sua vida civil e onde ela reconhece sua identidade afetiva, cultural e psicológica.

Por conseguinte, o raciocínio construído, permite constatar que a legislação norueguesa seria a competente para determinar a definição do que seria abuso sexual. Contudo, ressalte-se que, caso suas disposições violem a ordem pública do Estado brasileiro, sua aplicabilidade não mais deverá ser reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, devendo a legislação nacional determinar o conceito de abuso sexual e suas implicações ao caso hipotético objeto deste trabalho.

### **6.2.3. Da postura adotada pelo judiciário brasileiro quanto ao cumprimento da Convenção de Haia de 1980**

Entre os anos de 2003 a 2014, mais de 290 casos de sequestro internacional de menores contaram com a atuação da AGU e foram decididos no Brasil com base na Convenção de Haia (BBRASIL, 2011).

No entanto, consoante dados da Cartilha da AGU, dos 218 casos apreciados pelo judiciário brasileiro, entre 2003 e 2010, apenas houve a restituição ou regulamentação de visitas da criança subtraída em 86 casos (BRASIL, 2011).

Em uma reflexão precipitada, esse dado pode apontar para uma atuação brasileira tendente a priorizar as exceções da Convenção, significando certa tentativa de burlar o cumprimento adequado do tratado, de modo a refletir falta de credibilidade no âmbito diplomático internacional.

Contudo, embora passível de causar essa impressão, a postura adotada pelo Brasil não deve ser interpretada dessa forma, uma vez que a correta apreciação das demandas envolvendo sequestro de crianças deve ocorrer sempre com o escopo de privilegiar a segurança e a proteção do menor. Diante disso, ainda que o texto da Convenção estabeleça uma regra geral a ser seguida, optando preferencialmente pelo retorno do infante ao seu país de residência habitual, as minúcias de cada caso concreto devem conduzir a uma análise que transcenda certo condicionamento à valorização da restituição em qualquer circunstância.

A escolha das melhores medidas à realidade fática apresentada perpassaria pela valorização da menor em conflito. Se a sua retirada do país de origem decorreu de inserção em um meio hostil ao seu correto desenvolvimento físico, psíquico, emocional e intelectual, não haveria de se falar em aplicação da regra geral.

Destarte, antes de buscar a adoção de uma postura tida como “ideal” em um texto abstrato, é importante se ater à pretensão última para qual ele foi elaborado. Quando se fala isso, convém ressaltar que não há o intuito de defender a relativização ou flexibilização desmedida das disposições da Convenção, no sentido de comprometer sua eficácia. Na prática, anseia-se salvaguardar as prerrogativas constitucionais direcionadas ao infante, independentemente desse intuito ser alcançado a partir de uma regra geral ou não.

Perseguindo essa lógica, a postura empregada pelo judiciário brasileiro no julgamento de demandas envolvendo sequestro internacional de menores deve ser calcada na avaliação qualitativa dos fundamentos jurídicos que justificaram a permanência da criança no solo pátrio.

Isto é, o que deve ser objeto de crítica é se o Brasil adotou em cada caso concreto a interpretação adequada das circunstâncias fáticas, de modo a contemplar a proteção ao Princípio do Superior Interesse da Criança, assegurando que o infante subtraído tenha sido resguardado de potenciais riscos à sua integridade física, psíquica e moral e garantindo que o conflito ao qual foi exposto interfira o mínimo possível na sua identidade, nas noções da realidade à sua volta e nas suas relações afetivas.

Se procedido dessa forma, é inegável aferir que o Brasil tem cumprido sua obrigação internacional, aplicando as disposições da Convenção de Haia de 1980 de maneira satisfatória, com vistas a alcançar concretude às finalidades as quais se propôs.

Dito isso, é indispensável trazer a lume que o acesso às decisões judiciais em casos inerentes a sequestro internacional de infantes é bastante limitado, em razão de tais demandas tramitarem em segredo de justiça. Portanto, um estudo acadêmico mais aprofundado sobre a postura do judiciário brasileiro quanto à aplicação da Convenção de Haia de 1980, em seus aspectos qualitativos, não é algo de fácil elaboração.

Em decorrência dessa realidade, é ilógico valer-se de meros apontamentos de índices e percentuais, relacionando totalidade de casos julgados pelo Brasil com o número de vezes em que foi aplicada a regra da Convenção. Ater-se a uma cognição quantitativa é insuficiente para esgotar uma apreciação adequada acerca da postura adotada pela atividade jurisdicional brasileira na resolução de demandas em que o ponto central é o sequestro internacional de menores.

É interessante, ainda, considerar que a morosidade do trâmite processual, no judiciário brasileiro, tende a contribuir, de certa forma, para a adaptação da criança ao país em que fixou nova residência. Assim, ao invocar o argumento da adaptação ao novo meio, disposto no artigo 12 da Convenção, é prudente que não se permita o seu uso como instrumento legitimador do sequestro a partir da falta de uma postura mais enérgica por parte do Estado brasileiro.

Quanto a isso, é indispensável que o país estruture melhor sua atuação a fim de apreciar os casos de sequestro com a urgência que necessitam. Ao se obrigar internacionalmente ao cumprimento da Convenção de Haia de 1980, o Brasil assumiu o compromisso de adotar todas as diligências cabíveis, com a celeridade exigida para proteger o interesse do menor subtraído.

Esse entendimento advém do teor do artigo 2 do tratado, o qual estabelece que “os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência”. Fundamentado nessa ótica, o judiciário nacional ainda peca consideravelmente em sua forma de aplicar certas disposições do tratado em questão.

Essa falta de agilidade procedimental requerida pela Convenção pode ser relacionada a certo despreparo dos operadores do direito a respeito da temática em torno do sequestro, a

qual possui bibliografia escassa e cujo acesso às decisões judiciais é bastante limitado em razão de correr em segredo de justiça, consoante já exposto.

Além disso, constata-se que esse retardo é também proveniente da falta de amparo legal em dispositivos do ordenamento jurídico nacional pátrio para procedimentos específicos requeridos pela Convenção. Em certas circunstâncias, esse fato se apresenta como um empecilho para conferir aos casos de sequestro internacional o cuidado necessário.

## 7- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda a exposição desse trabalho, objetivou-se proceder a um estudo minucioso acerca da tutela conferida à criança, no meio internacional, a partir do enfoque dado à disputa de guarda e os aspectos civis do sequestro de infantes.

Assim, a análise perquirida em relação ao instituto da guarda permitiu observar que ele se pauta na defesa dos interesses dos filhos, quando inseridos em um contexto de conflito entre seus genitores. Nesse aspecto, é necessário haver a priorização das crianças envolvidas, de modo a impedir que sejam utilizadas como instrumentos de vingança pessoal de um genitor para com o outro.

Em decorrência dessa lógica, a separação entre os pais, em hipótese alguma, pode significar distanciamento ou ruptura de laços afetivos entre esses e sua prole, em razão de os infantes serem detentores do direito fundamental à convivência familiar.

Almejando conferir proteção aos menores e evitar que a situação de vulnerabilidade por eles vivenciada os impeça de receber a guarda devida por parte do Estado, o entendimento consolidado na doutrina, legislação e jurisprudência nacionais se coaduna com o Princípio do Superior Interesse da Criança e defende, via de regra, que o regime de guarda a ser adotado é o compartilhado.

A grande problemática se instaura, no entanto, quando essa disputa de guarda ocorre em âmbito internacional, restando constatado que esse tipo de conflito coloca em xeque a efetividade do direito fundamental à convivência familiar, pois, no plano prático, é inconcebível garantir que a criança mantenha igual intensidade de interação com seus dois genitores, cada qual em um país específico.

Destarte, deparar-se com uma realidade em que seus pais não mais residem em um mesmo país, pode fazer a criança sofrer prejuízos de ordem psíquica e emocional, principalmente. Amortizar os impactos negativos que essa nova conjuntura vai refletir em sua vida é o dever dos diplomas legislativos do direito internacional privado que tratem sobre a referida temática.

Nesse contexto, o presente estudo possibilitou compreender que a sistemática adotada por esse ramo do direito busca, por meio de suas fontes, valer-se da interpretação cabível para eleger o elemento de conexão mais adequado entre ordenamentos jurídicos distintos.

Na esfera do direito de família brasileiro, incide a previsão disposta no art.7º da LINDB, o qual adota como elemento de conexão a lei em que domiciliada a pessoa. Nesse

ponto, foi constatado que esse critério não atinge de maneira satisfatória a justiça material, refletida na necessidade de proteção da parte mais fraca da relação, qual seja a criança.

Em decorrência disso, propõe-se haver a fixação de competência legislativa dos Estados envolvidos na problemática, de maneira que a lei aplicada seja a mais próxima da questão de fato para que possa chegar, por consequência, à solução mais condizente com a realidade apreciada.

Perseguir essa lógica, levou à conclusão que há flagrante dissonância entre o critério de competência adotado pelo Brasil para eleger a lei cabível aos casos de guarda internacional, com os valores internacionalmente edificados, que forneceram suporte teórico para regulamentação material de tal tema no direito doméstico.

Contudo, o direito internacional privado é ramo do direito interno e, assim sendo, deve ser compatível e harmônico com as normas materiais que compõem o mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, não deve o legislador civil seguir uma postura conflitante com aquela empregada pelo legislador do direito internacional privado.

É isso, porém, que se observou na atual configuração presente na estrutura empregada pelo direito pátrio. Enquanto a esfera civilista tenta refletir valores socialmente adequados, o ramo do direito internacional privado ainda se mantém engessado a um raciocínio desenvolvido em 1942.

Portanto, faz-se imprescindível a escolha de uma lei aplicável que cumpra a finalidade precípua do conflito envolvendo guarda: a satisfação do melhor interesse da criança. Para tanto, é indispensável adoção da lei mais próxima possível à realidade do infante.

Nessa ótica, o estudo em questão conduziu ao entendimento que deve o Brasil ratificar a Convenção da Haia de 19 de Outubro de 1996, relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças. O referido tratado estabelece elementos de conexão, no tocante à guarda, que melhor se aplicam ao contexto fático de inserção do menor, possibilitando, com isso, a resolução da lide da maneira mais adequada. Ademais, proporcionará um alinhamento entre o direito internacional privado e o direito material respectivo. As disposições dessa Convenção complementam, também, as Convenções de Haia de 1980 e de 1993, as quais o país já é signatário, de modo que a ratificação sugerida figura como medida de coerência, fundamental para o bom andamento da sistemática implantada, evitando decisões incongruentes entre si.

Em outra perspectiva de abordagem, foi elaborada, ainda, uma análise dos litígios provenientes do sequestro internacional de menores. Foi verificado que essa subtração ilícita da criança em relação ao país de sua residência habitual envolve circunstâncias complexas, cuja motivação decorre, em grande parte, da insatisfação do genitor com o regime de guarda estabelecido ou por iminente ameaça de perda desse direito de guarda.

Assim, foi reconhecendo a importância de proteger os direitos dos infantes expostos a contextos conflituosos como esse que a comunidade internacional se preocupou em elaborar a Convenção de Haia de 1980, relativa aos Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Esse diploma é de grande relevo à resolução de problemáticas relacionadas a sequestro de infantes. Pautado no Princípio do Superior Interesse da Criança, esta passou a exercer certo protagonismo na apreciação e julgamento das demandas.

Quanto à aplicação da Convenção em comento por parte do Brasil, o qual somente se tornou signatário em 2000, por meio da promulgação do Decreto nº 3.413/2000, constatou-se que, embora tenha sido um passo significativo, ainda é necessário que o poder judiciário pátrio supere alguns entraves a fim de ser considerado um efetivo cumpridor das disposições do tratado.

Por fim, a aplicação dos conhecimentos obtidos em um caso hipotético contribuiu para percepção de que, muito além da aplicação de determinações previstas em um texto abstrato, para que a Convenção de 1980 alcance seu desiderato principal, faz-se mister que o aplicador do direito se atenha à interpretação adequada das minúcias presentes nas circunstâncias fático-probatórias apreciadas, pois, somente uma cognição pautada no esgotamento de todas as peculiaridades do conflito conduziria à adoção de medidas que efetivamente protegessem o superior interesse da criança.

Nesse sentido, a apreciação minuciosa da hipótese trabalhada apresentou uma realidade prática complexa, em que a suspeita de abuso sexual sofrido pela criança subtraída e o contexto de violência doméstica a qual estava inserida, em decorrência de práticas agressivas externadas por seu genitor, figuraram como elementos centrais para conduzir ao entendimento de que a sua manutenção em território brasileiro seria a medida defensável para o deslinde da demanda. Logo, fundamentando-se essencialmente na exceção do artigo 13 da Convenção de Haia de 1980, a presença de grave risco à menor justificaria o seu não retorno à Noruega.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José M., **Os direitos das Crianças: Linhas para uma Convenção Unitária**. In: Ana Carolina B. Teixeira et al. ( coord. ) , *Problemas da Família no Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 186, grifos no original.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**, São Paulo: Atlas, 2008.

Anais da Semana Acadêmica, Fadisma entrementes. ISS: 2446-726X, Edição: 12, 2015.  
ARAÚJO, Nádia de, **Direito internacional privado**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.442.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

Carolyn Sargent / Stephanie Larchance-Kim / Samba Yatera / cadernos pagu (29), julho-dezembro de 2007: pg. 257-284 (pg. 261) / título do artigo: Migração e telecomunicações: tecnologias e famílias transnacionais na França e África Ocidental.

D' ÁVILA, Ana Maria Lopes DA COEXISTÊNCIA À CONVIVÊNCIA COMO OUTRO: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana [en linea] 2012, 20 (Enero-Junio) : [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2018] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=407042015005>> ISSN 1980-8585

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: a Criança do Direito Internacional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Slavador: Juspodivm, 2016

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Rosanne Christine da Silva Bastos. **Sequestro internacional de crianças: análise de estudo do caso do menino Sean**. 2010. Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília.

Lúcia E. Yamamoto / Este artigo foi publicado em Inglês na REMHU, ano XVI, n. 30, 2008. **FAMÍLIAS BRASILEIRAS NO CONTEXTO TRANSNACIONAL: FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS**.

MACHADO, Igor José de Renó; KEBBE, Victor Hugo e SILVA, Cristina Rodrigues da. **Notas Sobre A Família Transnacional** . REVISTA INTERDISCIPLINAR DA MOBILIDADE HUMANA (REMHU), Ano XVI, número 30, 2008 a, p. 85.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense , 2013.

MAURIQUE, Jorge Antônio. Sequestro internacional de crianças, anotações sobre a Convenção de Haia. **Revista Jurídica Consulex**, ano 12, n.284, 15 nov. 2009.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas. Sequestro Interparental: princípio da residência Habitual. **Revista de Direito Internacional**, Brasília-DF, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011

MESSERE, Fernando L. de L. **Direitos da Criança**: o Brasil e a convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. 2005. 188 f. Dissertação. (Mestrado em Direito das Relações Internacionais). Faculdade de Direito, Centro Universitário UniCEUB, Brasília. Disponível em: <[http://www.mestrado.uniceub.br/pdf /Fernando%20Messere.pdf](http://www.mestrado.uniceub.br/pdf/Fernando%20Messere.pdf)>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Atribuição da guarda e suas consequências em direito internacional privado**. Doutorado (Doutorado em Direito Internacional Privado) Universidade de São Paulo, 2008.

MORLEY, Jeremy D. **Hague International Child Abduction Cases: The Future of the Grave Risk of Harm Defense**, THE MATRIMONIAL STRATEGIST, February, 2007.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano, **Compartilhando a Guarda no Consenso e no Litígio, IBDFAM, 2009 Disponível em:**  
<<http://www.ibdfam.org.br/busca?q=Compartilhando+a+Guarda+no+Consenso+e+no+Lit%C3%ADgio>> Acesso em 28 de abril de 2018.

MORLEY, Jeremy D., **Hague International Child Abduction Cases: The Future of the Grave Risk of Harm Defense, The Matrimonial Strategis**, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Explanatory report on the 1980 Hague child abduction convention. Hague: HCCH**, 1982.

Raquel Reinke, Victor Araújo de Menezes, e Ariane Simioni. Guarda dos filhos no âmbito internacional, **A guarda dos filhos no âmbito internacional: uma análise dos divórcios de casais de brasileiros com estrangeiros que resultaram em guarda unilateral conflituosa**.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil**. Brasília-DF: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0390.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

Silveira Petter Damázio, Eloise da, Multiculturalismo versus interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. Desenvolvimento em Questão [en linea] 2008, 6 (Julio-Diciembre) : [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2018] Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75211183004>> ISSN 1678-4855

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Exercício do poder paternal**. Porto: Publicação Universidade Católica, 2003.

ZEBHIT, Polina. **A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores: análise de dois casos concretos**. 2012. Monografia (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20096/20096.PDF>> Acesso em: 02 de maio de 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Sequência, nº 53, dez. 2006.

#### **Jurisprudência citada:**

BRASIL. STF. **REsp 1293800/MG**. Rel. Min. Humberto Martins. J. 28/052013. DJe 05/06/2013.

