



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO E. SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

ADI 4245

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenação de
Processamento Inicial

27/05/2009 15:09 63731



DEMOCRATAS – DEM, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no e. Tribunal Superior Eleitoral, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seus representantes judiciais devidamente constituídos, com fundamento no arts. 103, inciso VIII, e 102, inciso I, alíneas "a" e "p", da Constituição Federal e na Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, propor a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,
COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR,**

visando à declaração parcial de Inconstitucionalidade do **Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999**, e do **Decreto Presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000**, que versam, respectivamente, sobre a ratificação e promulgação da **Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**, e cujos arts. 1º, "a"; 3º; 7º, *caput* e alínea "f"; 11; 12; 13, "b"; 15; 16; 17; 18 e 21 conflitam com o preceituado nos arts. 1º, III; 2º, 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV; 37, *caput*; 105, I, "i"; e 227, todos da **Constituição Federal**, como se passa a expor.

COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL

Edifício Senado Federal - Anexo I - 26º andar - Fones: (61) 3311-4305 / 3311-4307 - Fax: (61) 3224-1912
Brasília-DF - CEP 70.165-900 - Brasil - Site: www.democratas.org.br / E-mail: democratas25@democratas.org.br



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

I

**OS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS
E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS**

A Constituição Federal de 1988, como marco redemocratizador do país, tem o seu cerne e vetor axiológico máximo na tutela da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Além do rol extenso do art. 5º, diversas outras normas, esparsas pelo Texto Maior, conformam um sistema especialmente orientado para a tutela do ser humano, de suas liberdades e integridade.

No bojo deste conjunto normativo, ganha destaque o **princípio da proteção integral da criança e do adolescente**, consagrado no art. 227 da Constituição. Decorrência direta da dignidade da pessoa humana, tal princípio informa e vincula a atuação dos poderes públicos e também das pessoas privadas, conferindo absoluta prioridade ao bem-estar físico e psíquico dos menores. É Inquestionável que buscar o **melhor interesse das crianças e adolescentes** constitui dever indisponível imposto pela Carta Maior.

Foi justamente com o escopo de concretizar referido princípio que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, operou-se a incorporação da **Convenção da Hala sobre os Aspectos Civis do Seqüestro Internacional de Crianças**, ratificada pelo **Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999**, e promulgada pelo **Decreto presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000**.

Consoante se extrai de seu texto (íntegra em anexo), a Convenção cria mecanismos específicos para concretizar as relações de cooperação internacional ali previstas, que envolvem, de início, a designação de uma Autoridade Central em cada Estado-parte. É a Autoridade Central do país requerido quem recebe o pedido de devolução de determinada criança e, caso o



mesmo atenda aos requisitos previstos no pacto internacional, deve tomar as providências no sentido de efetivar os objetivos da Convenção, tanto em âmbito administrativo quanto judicial (art. 7º). Também é possível que qualquer pessoa, instituição ou organismo, independentemente do contato com a Autoridade Central designada, busque diretamente medidas judiciais ou administrativas que entender cabíveis (art. 29).

Já a partir de seu preâmbulo,¹ fica claro que a razão principal da existência da Convenção é a **garantia dos interesses da criança e sua proteção contra os efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança abrupta de domicílio.**² Para concretizar tal fim, um dos meios previstos é a determinação do retorno célere do menor ao país de sua residência habitual, com o restabelecimento do *status quo ante*. Veja-se, no entanto, que, atenta à realidade da vida, que não permite que se adote como premissa absoluta a de que a devolução da criança será *sempre* a solução mais afinada a seus direitos e interesses, a **própria Convenção** estabelece, em três artigos (arts. 12, 13, 20), hipóteses de **exceção à ordem de retorno** do menor, baseadas em sua tutela efetiva.

Em que pese o verdadeiro *telos* da Convenção da Haia, inegavelmente atrelado ao **bem-estar do menor**, fato é que seu texto padece de uma grave falta de sistematicidade. Como é típico das convenções internacionais multilaterais, nas quais o texto final é resultado de um compromisso diplomático que, no mais das vezes, é alcançado em detrimento da melhor técnica

¹ O Preâmbulo da Convenção remete aos seguintes princípios norteadores de sua aplicação: (i) proteger os interesses da criança nos assuntos relativos à sua guarda, (ii) **proteger a criança dos efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou retenção ilícitas**, e (iii) garantir o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, (iv) preservando-se o direito de visitação.

² Justamente nesse sentido, vale destacar preciso trecho dos Comentários à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, disponíveis no sítio desta e. Suprema Corte na Internet, p. 2, que bem esclarece o escopo do aludido Pacto Internacional. *In verbis*: "O compromisso assumido pelos Estados-partes, nesse tratado multilateral, foi estabelecer um regime internacional de cooperação, envolvendo autoridades judiciais e administrativas, com o objetivo de localizar a criança, **avaliar a situação em que se encontra e, só então, restituí-la, se for o caso, ao seu país de origem. Busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor**" (grifamos).

jurídica, na Convenção da Hala coexistem, sem qualquer ressalva e sem qualquer ordem lógica, de um lado, previsões que estabelecem o suposto *dever* de as Autoridades Centrais providenciarem e garantirem o retorno *imediato* do menor ao país requerente, e, de outro, outros tantos artigos que prevêem hipóteses em que tal devolução não deve ser ordenada, em razão das peculiaridades do caso concreto.

Talvez em razão da referida falta de sistematicidade, o pacto internacional tem recebido interpretações perigosamente equivocadas, que acabam por deturpar seu verdadeiro objetivo é, o que é mais grave, **esvaziam preceitos fundamentais da Constituição Federal.**

Como se afirmou, não se discute que a Convenção elegeu a devolução do menor como estratégia para garantir o retorno ao *status quo ante*, impedindo-se que o mesmo sofra as conseqüências negativas da transferência ou retenção ilícitas perpetradas por outrem. No entanto, é essencial que os aplicadores do tratado tenham em mente que **tal unicamente se dá em função da presunção – que não é absoluta**, eis que a regra de retorno comporta exceções - **de que a devolução da criança assegura e efetiva os seus direitos, sendo-lhe benéfica.**

Em outras palavras: **o retorno da criança não é um fim em si mesmo**; deve ser determinado se e enquanto constituir **medida necessária para proteger o menor**. Seria, afinal, o mesmo que rasgar a Constituição determinar o retorno da criança nas situações em que tal implicasse violação a seus direitos fundamentais.

O grande problema é que se tem observado, no Brasil, uma absoluta **inversão de valores** no que se refere à aplicação da Convenção da Haia pelas autoridades administrativas e judiciais. Ao invés de buscar o melhor interesse do menor no caso concreto, dando efetividade aos princípios e direitos constitucionais

basilares do nosso sistema jurídico (como a dignidade da pessoa humana, a proteção integral da criança e o devido processo legal), tais autoridades têm simplesmente defendido e determinado o retorno automático da criança ao país requerido, em qualquer caso e a todo custo.

Movidas por um suposto dever absoluto e apriorístico de garantia dos compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, e, pior, interpretando *equivocadamente* o próprio compromisso assumido – que é, acima de tudo, o de garantir a proteção dos direitos das crianças –, tais autoridades têm simplesmente desprezado o princípio da proteção integral dos menores, como se fosse uma norma de menor relevância, capaz de ceder em face de um eventual conflito com outras disposições constitucionais.

Assim, por exemplo, tem-se entendido que, por força da Convenção, a ordem de retorno da criança a seu país de origem poderia se operar de forma automática, *sem* qualquer investigação prévia acerca das condições do menor e das circunstâncias de sua transferência. Há, nesse sentido, casos relatados de medidas liminares concedidas, *inaudita altera parte*, com base exclusivamente nos fatos narrados pelo autor – que, evidentemente, podem ser falsos –, determinando a imediata busca e apreensão de menores. Com as devidas vênias, trata-se de exegese intolerável! Além de criar riscos graves para o bem-estar psicofísico do menor (CF, art. 227), esvazia por completo as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF, 5º, LIV e LV), asseguradas a quaisquer litigantes em juízo ou na via administrativa.

A título exemplificativo, confira-se a seguinte decisão, proferida pelo e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual chegou ao cúmulo, *d.v.*, de considerar irrelevantes fortes indícios de que o genitor-requerente padecia de alcoolismo, e determinou que uma criança de apenas 4 anos fosse separada de sua mãe, sob o argumento de que o objetivo da Convenção seria tão-somente o de garantir a devolução da criança. Confira-se:



Democratas25

A Força das Novas Ideias.

"A interpretação da Convenção sobre Sequestro Internacional de Crianças, como deve ser sempre salientado, não pode desconsiderar **sua ratio essendi, qual seja, coibir o deslocamento ilegal de crianças, (...)**.

6. Por esse motivo, aliás, **descabe perquirir o alegado alcoolismo do Apelado**, pois a finalidade deste processo não é definir qual a melhor opção para a guarda do menor, **mas sim restabelecer o status quo ante, quando constatada a remoção ilegal. (...)**

A finalidade da Convenção, no entanto, como já ressaltado várias vezes, é devolver o quanto antes a criança para o país de sua residência habitual anterior ao seqüestro, onde deverá ser apreciado o mérito do direito de guarda."³

Além destas, outras interpretações distorcidas da Convenção têm despertado grande perplexidade. É preocupante, por exemplo, a postura extremamente ativista que vem assumindo a União Federal, que, através da Advocacia-Geral da União, com suposto fundamento no art. 7º, alínea "f", da Convenção, tem ajuizado demandas, em seu próprio nome, com vistas à busca e apreensão de menores transferidos para o Brasil ou à regulamentação de visitas. Em tais casos, o ente público atua na defesa de interesses exclusiva ou preponderantemente *privados*, o que definitivamente não é compatível com a **forma republicana** de Estado e com o **princípio da impessoalidade** que deve presidir a sua atuação.

De outro lado, causa perplexidade a maneira como juízes e tribunais têm suplantado a regra do art. 105, I, "i", da Constituição, atribuindo eficácia a decisões estrangeiras sem o devido processo homologatório.

Assim é que, justamente para garantir a **supremacia da Constituição Federal**, o DEMOCRATAS vem deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade perante este e. Supremo Tribunal, visando a assegurar que as

³ Apelação nº 2005.51.01.009792-9, Rel. Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, 7ª Turma Especializada no e. TRF-2ª Região, j. em 17.11.2007.



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

normas da Convenção da Hala sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças (incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através dos Decretos Legislativo nº 79/99 e Presidencial nº 3.413/00) **sejam lidas e aplicadas em conformidade com o Texto Maior**. É preciso, vez por todas, rechaçar interpretações que, apesar de gramaticalmente aceitáveis, violam direitos fundamentais irradiados da dignidade da pessoa humana.

Saliente-se, desde logo, que a filtragem constitucional ora pretendida não é inovadora, nem mesmo em relação à Convenção da Hala. Na jurisprudência internacional, como se demonstrará, são diversos os precedentes que prezam e valorizam a efetiva consideração dos reais interesses da criança, deixando claro o real compromisso da Convenção da Hala. Por outras palavras, a correta interpretação da Convenção da Hala não se pode fiar, apenas, na opinião da organização internacional que a criou, por mais abalizada que seja. Como se sabe, após sua edição o texto legal adquire vida própria, e vai-se construindo segundo os limites e possibilidades dos contextos nos quais é reclamada a sua aplicação.

II

CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA E LEGITIMIDADE DO REQUERENTE

Inicialmente, cabe registrar que este e. Colendo Tribunal já placitou a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade do texto de tratados ou convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Foi o que restou decidido, por ilustração, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, cuja ementa ora se transcreve (trecho):

"SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS
À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

7

COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL

Edifício Senado Federal - Anexo I - 26º andar - Fones: (61) 3311-4305 / 3311-4307 - Fax: (61) 3224-7912
Brasília-DF - CEP 70.165-900 - Brasil - Site: www.democratas.org.br / E-mail: democratas25@democratas.org.br



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

- No sistema jurídico brasileiro, **os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.** Em consequência, **nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.**

O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- **O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.** Doutrina e Jurisprudência." (grifamos)

Confira-se, ainda, trecho do voto do Ministro CELSO DE MELLO, relator, na referida ação direta de inconstitucionalidade:

"É por essa razão que se revela plenamente admissível à presente ação direta, muito embora estenda-se a normas convencionais de caráter pré-constitucional, pois a Convenção nº 158/OIT foi subscrita em 1982, quando ainda vigorava, no Brasil, a Carta Federal de 1969. No entanto, as autoras, ao ativarem a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, indicaram, corretamente, como objeto do controle abstrato, precisamente, os atos estatais que, editados em 1992 (Decreto Legislativo nº 68) e em 1996 (Decreto nº 1.855), foram responsáveis - já vigente a nova Constituição de 1988 - pela formal introdução do texto convencional no âmbito do sistema de direito positivo interno do Brasil."

Exatamente como no precedente transcrito, o Requerente quer ver reconhecida, através da presente ação direta, a inconstitucionalidade parcial tanto do Decreto Legislativo nº 79/99, quanto do Decreto nº 3.413/00, responsáveis

8

COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL

Edifício Senado Federal - Anexo I - 26º andar - Fones: (61) 3311-4305 / 3311-4307 - Fax: (61) 3224-1912
Brasília-DF - CEP 70.165-900 - Brasil - Site: www.democratas.org.br / E-mail: democratas25@democratas.org.br



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

pela aprovação e promulgação, respectivamente, da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças no ordenamento brasileiro.

Ainda quanto ao cabimento, urge consignar que este e. Tribunal Constitucional já assentou, de forma pacífica, a possibilidade do controle de constitucionalidade, em sede de jurisdição abstrata, com vistas à atribuição de **interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto**. Nas palavras do i. Min. GILMAR FERREIRA MENDES:

"A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão."⁴

Tal possibilidade, aliás, ganhou previsão expressa com a edição da Lei nº 9.869/99, cujo art. 28, parágrafo único, dispõe, *verbis*:

"Art. 28. *Omissis*.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a **interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto**, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
(grifamos)

Por fim, saliente-se que o Requerente está devidamente representado no Congresso Nacional, o que lhe confere legitimidade para a propositura da presente ação direta, nos termos do art. 103, inciso VIII, da Constituição.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1188.

**III****BREVE HISTÓRICO DA CONVENÇÃO DA HAIA: CONTEXTUALIZAÇÃO.**

Antes de se adentrar a apresentação dos motivos pelos quais o Requerente considera necessário que esta e. Corte Suprema dê interpretação, à luz da Constituição, aos dispositivos da Convenção da Haia ora impugnados, faz-se necessário tecer breves comentários a respeito do contexto em que surgiu o tratado internacional e daquele no qual atualmente vige.

Como se sabe, uma das principais conseqüências da mobilidade dos indivíduos no cenário Internacional é o aumento de famílias com nacionalidades diversas, cujo domicílio, embora instalado inicialmente em determinado país, acaba por se modificar ao longo de sua existência, criando, por vezes, situações de potencial conflituosidade.

Apesar da riqueza cultural que deriva dessas relações, cuja nota fundamental é a sua diversidade espacial, quando a família se desfaz – não importa o país de sua residência habitual, o nível cultural ou socioeconômico de seus integrantes –, são os filhos menores que mais sofrem com a mudança do *status quo*. Num contexto internacional e multicultural, a complexidade dessas situações de crise tende a se avolumar. Crescem as dificuldades de locomoção da criança, gerando a insatisfação daquele pai ou mãe que não detém a guarda, e causando, não raro, atitudes desesperadas ou impensadas, tomadas à margem da lei e do *melhor interesse da criança*.

Foi a partir da necessidade de criar instrumentos de cooperação que pudessem restabelecer, ainda que minimamente, o delicado equilíbrio perdido com a separação, e preservar, ao mesmo tempo, o *melhor interesse da criança* e a sua *guarda* (compartilhada ou exercida por apenas um dos pais), bem como o direito de *visitação* daquele que eventualmente houvesse perdido a oportunidade do



convívio familiar diário, que emergiu a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Seqüestro de Crianças, firmada em 1980, no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

É relevante notar que, **à época da criação da Convenção, era comum que pais, insatisfeitos com decisões proferidas no país de residência habitual concedendo a guarda dos filhos à mãe, viajassem com a criança para outro país**, burlando a determinação judicial e violando os direitos de guarda maternos.⁵ Ou seja, em regra, a transferência ou retenção ilícitas eram realizadas pela pessoa a quem o órgão incumbido de avaliar a situação do menor *não* havia concedido a guarda, daí a evidente violação aos direitos da criança.

Hoje em dia, porém, o perfil dos "seqüestros internacionais" é outro. **A maior parte dos casos de transferência de menor é perpetrada pelas mães**, que "fogem com o filho por motivos profissionais, familiares, violência doméstica ou até por vingança, para impedir o contato com o pai"⁶. Isto se verifica não só no Brasil, mas em diversos países do mundo. Na Suíça, por exemplo, como noticia ANDREAS BUCHER em artigo publicado em agosto de 2008, todos os casos mais recentes julgados pelo *Swiss Federal Tribunal*, salvo um, envolveram transferências feitas pela mãe da criança, sendo a média mundial deste tipo de ocorrência de cerca de 70% em relação a outras hipóteses.⁷

Esta mudança no sujeito ativo do "seqüestro" envolve, ainda, outra peculiaridade: estas mães, na imensa maioria das vezes, ocupam a função de "*primary carers*", ou seja, são as pessoas que efetivamente exercem as atribuições

⁵ Conforme notícia o site desta e. Corte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em 18.12.2008.

⁶ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em 18.12.2008.

⁷ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 143. Tradução livre.

inerentes à guarda; as principais referências da criança transferida e as responsáveis pelo seu desenvolvimento.

Sem dúvida, essa **nova realidade** demanda uma ainda maior sensibilidade e atenção por parte dos aplicadores da Convenção da Haia. Diferentemente do que ocorria, as transferências estão sendo realizadas pela pessoa que possui maior relação com a criança, para quem, possivelmente, seria concedida a guarda caso não houvesse o "seqüestro". Nestes casos, é imprescindível que se avalie, antes de determinar a devolução da criança, de que forma o seu melhor interesse será efetivamente atendido, eis que a resposta não é tão simples de ser identificada no caso concreto e não pode ser simplesmente generalizada.

Sensível a esta circunstância, aliás, a Suíça, em exemplar iniciativa, editou um Ato visando a "*uma aplicação da Convenção que seja mais bem adaptada às necessidades da criança*",⁸ sobre o qual se falará mais detidamente adiante. Como bem destaca ANDREAS BUCHER, "o crescente número de seqüestros realizados pelo principal guardião da criança precisa ser levado em consideração, assim como o foco necessita ser direcionado ao melhor interesse da criança. Tais, por si só, são razões suficientes para apoiar e incentivar iniciativas para uma reforma"⁹.

Assim, é de suma importância, face à relevância dos interesses atingidos com a aplicação da Convenção da Haia, que o seu texto seja, definitivamente, adequado aos princípios e direitos consagrados pela nossa Constituição, de modo a assegurar que tal se dê efetivamente em consonância com o princípio da proteção integral da criança.

⁸ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 143. Tradução livre.

⁹ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 145. Tradução livre



IV

ARTS. 1º, "A", 7º, CAPUT, 11 e 18

A determinação de imediato retorno do menor deve ser interpretada à luz dos princípios da proteção integral da criança, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Contemporaneamente é consenso, na doutrina e na jurisprudência, a consagração do princípio da supremacia da Constituição. Nas palavras precisas de LUÍS ROBERTO BARROSO,

"Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental."¹⁰

Como corolário da superioridade formal e material do Texto Maior, tem-se que toda a legislação infraconstitucional deve ser lida a partir de suas normas. Fala-se, comumente, em *filtragem constitucional*, ou *constitucionalização do Direito*, na acepção de que todo o ordenamento jurídico sofre influxos diretos das normas constitucionais, que orientam sua compreensão e aplicação.

Os tratados e convenções internacionais, no ordenamento brasileiro, *em regra*, não se subtraem de tal processo. Assim porque, conforme o entendimento consolidado por este e. Supremo Tribunal Federal, referidos pactos incorporam-se à ordem jurídica nacional no mesmo nível hierárquico das **leis ordinárias federais**¹¹ – à exceção dos tratados e convenções internacionais sobre

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, 2003, 5ª ed., p. 161.

¹¹ Veja-se o *leading case* sobre o assunto no RE nº 80.004, j. em 01.06.1977, RTJ 83:809. Anote-se que, conforme a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal).

direitos humanos, desde que aprovados na forma do novel parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, o que não é o caso da Convenção da Haia *sub examen* –, os quais serão equivalentes a Emendas Constitucionais.

É verdade que, em recentes decisões¹², este e. Supremo Tribunal tem apontado para a existência de uma *nova categoria hierárquica*, aplicável às normas contidas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004. Tais normas ostentariam caráter *supra legal*, situando-se entre a Constituição e a legislação ordinária, com efeito paralisante da eficácia desta última, quando com ela incompatível. Ou seja: estariam hierarquicamente acima da legislação ordinária, mas subordinadas, em qualquer caso, à Carta Maior.

Logo, em respeito à *supremacia constitucional*, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, quer se lhe atribua o *status* de lei ordinária federal, quer de norma *supra legal*, deve ter sua aplicação submetida à prévia filtragem constitucional, reputando-se válida *apenas* quando intrinsecamente compatível com as normas da Constituição Federal¹³.

Feitas estas breves considerações, passa-se ao exame dos artigos da Convenção ora reputados inconstitucionais, *in verbis*:

"Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

a) assegurar o **retorno imediato** de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;

(...)."

"Artigo 7

¹² V., nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/São Paulo.

¹³ Veja-se sobre o assunto: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20 e ss. e BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



Democratas25

A Força das Novas Ideias.

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. (...)."

"Artigo 11

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

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

"Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para **ordenar o retorno da criança a qualquer momento**."

- grifamos -

Os mencionados dispositivos contemplam mais de uma interpretação possível, a saber:

- (i) Em uma exegese puramente literal e formalista, permitem concluir que, nos casos submetidos à Convenção da Haia, as autoridades judiciais e administrativas devem de tudo fazer para viabilizar a *automática* repatriação do menor, inclusive com a adoção de medidas de urgência *inaudita altera parte*,
- (ii) Noutra possível exegese, decorrente da leitura sistemática da Convenção, o retorno imediato do menor e a adoção de medidas de urgência devem ser efetivados *se e enquanto comprovadamente* compatíveis com a proteção integral da criança (ou seu melhor interesse), observadas, para tanto, as

COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL

Edifício Senado Federal - Anexo I - 26º andar - Fones: (61) 3311-4305 / 3311-4307 - Fax: (61) 3224-1912
Brasília-DF - CEP 70.165-900 - Brasil - Site: www.democratas.org.br / E-mail: democratas25@democratas.org.br

garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como se passa a demonstrar, apenas a segunda interpretação é compatível com o sistema constitucional brasileiro.

4.1. Interpretação conforme ao princípio da proteção integral do menor (CF, art. 227)

Dispõe o art. 227 da Constituição:

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

O aludido dispositivo estampa o princípio e direito fundamental da tutela do *melhor interesse da criança*, que é decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e pilar da doutrina da *proteção integral da criança*. O fulcro constitucional do princípio é indiscutível, sendo certo que o legislador constituinte reconheceu às crianças (e aos adolescentes) direitos que lhes são inerentes como pessoas em desenvolvimento.¹⁴⁻¹⁵ **Portanto, nada é**

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. SILVA PEREIRA, Tânia (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110. Confira-se, também, os seguintes julgados: Apelação Cível 2004.001.22661 – 17ª Câmara Cível – TJRJ, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva; Apelação Cível 2003.001.23727 – 6ª Câmara Cível – TJRJ, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho; e Apelação Cível 2000.001.16001 – 10ª Câmara Cível – TJRJ, Rel. Des. Luiz Fux.

¹⁵ Nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa, o princípio da proteção integral da criança “afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade de seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos. (...)” COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Natureza e Implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente*. In: PEREIRA, Tânia da Silva

mais relevante para a própria dignidade do ser humano do que a tutela das pessoas em formação.

A relevância da *tutela constitucional do melhor interesse da criança* é tal que, leciona TÂNIA DA SILVA PEREIRA: “a proteção com *prioridade absoluta*, não é uma obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social”.¹⁶⁻¹⁷

Não há dúvidas de que, em virtude notadamente da Constituição, mas também de outros diplomas normativos de estatura Infraconstitucional – tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990) e, ainda, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil através do Decreto nº 99.710/90¹⁸ –, *a criança é sujeito de direito*, ostentando a titularidade de direitos juridicamente relevantes.¹⁹ É precisamente quando tais direitos se *efetivam* que se pode afirmar a preservação do *melhor interesse da criança*.

Constituindo direito fundamental, o princípio da *proteção do melhor interesse da criança* irradia-se por todo o ordenamento jurídico – já que goza da eficácia objetiva peculiar a essa espécie de direitos –, **fixando-se como vetor**

(Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.19.

¹⁶ *O melhor interesse da criança*. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. SILVA PEREIRA, Tânia (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14 (grifos da autora).

¹⁷ A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de decidir, recentemente, pela ilegalidade da expulsão de pai nigeriano, julgado e condenado pela Justiça brasileira por tráfico de drogas, apesar da determinação do Ministério da Justiça. Entendeu-se que o pai não poderia ser expulso *em razão do regime de proteção integral da criança*, sem embargo de não estarem configuradas as exceções para a expulsão previstas na Lei nº 6.815/80, na redação determinada pela Lei nº 6.964/81. Segundo o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, condutor do voto vencedor, as exceções à expulsão devem ser interpretadas: “(...) em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais” (STJ, HC nº 31.449/DF, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 12.05.2004, DJ 31.05.2004, p. 169).

¹⁸ Dispõe a citada Convenção, em seu art. 3.1, que: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.”

¹⁹ SILVA PEREIRA, Tânia. *op. cit.* nota 20, p. 15.



axiológico em qualquer circunstância que envolva interesses infanto-juvenis. Na lição escorreita de DANIEL SARMENTO, "*os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário.*"²⁰. Com os direitos fundamentais da Infância não pode ser diferente: o legislador, o administrador e, com maior razão, o juiz deverão sempre considerar *o melhor interesse da criança.*²¹

É à luz de tal imposição constitucional que devem ser interpretadas e aplicadas as normas da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Quaisquer decisões administrativas ou judiciais em processos submetidos à Convenção devem ser tomadas com a imprescindível cautela, uma vez que envolvem, invariavelmente, o interesse e os direitos de crianças, seres humanos ainda em formação, os quais, conforme enunciado pela Constituição, **têm prioridade absoluta** sobre qualquer outro interesse.

Ora, pelo exposto já se extrai conclusão bastante clara: a **ordem de "retorno imediato" do menor** (arts. 1º, 7º, *caput*, e 18), **bem como a adoção de medidas de urgência** (art. 11), **não podem ser compreendidas como regras absolutas, a serem sempre e impreterivelmente perseguidas pelo aplicador da Convenção** – como, de forma lamentável, tem ocorrido no Brasil. Ao contrário.

Embora o *retorno imediato* da criança constitua relevante objetivo da Convenção, deve ser sempre avallada a compatibilidade deste comando, caso a caso, com as normas e princípios contidos na Lei Maior, consideradas as peculiaridades da situação concreta. Em outras palavras, faz-se necessária a

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

²¹ Para uma abordagem do tema de uma perspectiva infraconstitucional, ver: PAIS, Maria dos Santos. *Le Melleur intérêt de l'Enfant*. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. SILVA PEREIRA, Tânia (Cóord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 543.

filtragem constitucional dos dispositivos, de modo a se alcançar uma decisão que efetivamente atenda ao objetivo primordial de proteção dos *direitos da criança*.

Evidentemente, isso só será possível se o julgador, abstendo-se de promover uma leitura fria e generalista da Convenção, comprometer-se com a investigação daquilo que, em cada caso, efetivamente for capaz de promover o bem-estar psicofísico do menor. Como, afinal, garantir a tutela de seu melhor interesse sem a prévia avaliação, *e.g.*, das circunstâncias que motivaram sua transferência? Dos riscos envolvendo sua devolução? Das condições de vida e de adaptação no país para o qual será transferido?

Definitivamente, apenas mediante análise criteriosa das circunstâncias fáticas pode-se, com a segurança necessária, aferir qual solução melhor efetivará os direitos fundamentais do menor. **Daí a inconstitucionalidade de uma interpretação que dê sentido absoluto à previsão de retorno *imediato* ou de implementação de *medidas de urgência com vistas ao retorno do menor*.**

Veja-se que a exegese *constitucionalizada* que ora se propõe é inteiramente corroborada pela análise sistêmica do próprio texto da Convenção.

De fato, seu art. 20, por exemplo, prevê expressamente que: "*O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*" (grifamos). Ora, não há dúvidas de que o princípio contido no art. 227 da Constituição, decorrência direta da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), constitui **princípio fundamental** do Estado brasileiro.

Ademais, o art. 13 da Convenção arrola diversas hipóteses de recusa quanto ao retorno do menor, a exemplo daquelas em que submetido a perigos de

ordem física e psíquica (art. 13, alínea "b"), ou quando se opuser à repatriação (art. 13, 2º parágrafo). Logicamente, a verificação de tais hipóteses pressupõe a prévia averiguação das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Neste sentido, cumpre lembrar algumas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, nas quais a Convenção da Haia foi aplicada em consonância com o seu objetivo primordial e, acima de tudo, com o texto constitucional brasileiro. Exemplificativamente, confira-se os seguintes julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVENÇÃO DE HAIA.

1. Não se conhece de recurso especial na parte que aponta violação a dispositivo constitucional.
2. Acórdão que aplicou e interpretou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. **Resguardo do bem estar do infante.**
3. Prova constituída (análise das condições sociais dos menores, laudo psicológico) indicando a vontade dos menores de permanecerem no Brasil e de conviverem com a mãe. **Garantia do bem-estar dos menores.**
4. Crianças brasileiras natas. Inconveniência de retornarem ao Chile.
5. Guarda das crianças pela mãe desde 28.12.2000, por decisão judicial.
6. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, improvido." (REsp 954.877, Rel. Min. José Delgado, 1ª Tuma, j. em 04/09/2008, DJe 18/09/2008)

"Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Situação consolidada. Risco de danos psíquicos e emocionais se houver retorno da criança ao país de origem (Estados Unidos).

(...)

- Deve-se levar em consideração, em processos de busca e apreensão de menor, a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os contornos constitucionais, no sentido de que **os interesses e direitos do menor devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.**

(...)



- A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças possui o **viés do interesse prevalente do menor**, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas.

- **Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.**

- Assim, quando for provado, como o foi neste processo, que a criança **já se encontra integrada no seu novo meio**, a autoridade judicial ou administrativa respectiva **não deve ordenar o retorno da criança** (art. 12), bem assim, se existir risco de a criança, em seu retorno, ficar **sujeita a danos de ordem psíquica** (art. 13, alínea "b"), como concluiu o acórdão recorrido, tudo isso tomando na mais alta consideração o interesse maior da criança. (REsp 900.262. Relatora Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgamento em 21.06.2007)

Na mesma linha, vejam-se as seguintes decisões proferidas pelo E.

TRF – 2ª Região:

"DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E REPATRIAÇÃO DE CRIANÇA AO ESTADO DE ISRAEL. CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECRETO Nº 3.413/2000. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. (...) 2. No caso em questão, é imperioso que se atente para o disposto no art. 13, do referido Decreto, que prevê os casos em que haverá impedimento do retorno da criança ao país de origem quando se verificar risco de exposição da criança a distúrbios físicos e psíquicos. No caso, há alegação da Agravada neste sentido, o que teria motivado a separação de fato do casal. 3. Ademais, o pai da criança não se encontrava com a guarda fática (ou física) da criança, porquanto tinha sido convocado para prestar serviço militar em favor do governo de Israel, não havendo comprovação, desse modo, de qualquer ilegalidade, ilicitude ou ilegitimidade na viagem da criança de Israel para o Brasil. 4. O princípio do melhor interesse da criança é fundamental para a solução, ainda que provisória, da questão, encontrando-se positivado não apenas no art. 227, da Constituição Federal, mas também em Tratados e Convenções Internacionais em matéria de Direitos Humanos relacionados às crianças e aos adolescentes. 5. Agravo de instrumento conhecido e improvido." (AI 2004.02.01.009861-7, Rel. Juiz Federal Convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama, 8ª Turma, j. em 14.02.2006)



"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. DIREITO DE FAMÍLIA. CONVENÇÃO DE HAIA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. 1. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe mandado de segurança como substituto do recurso próprio para impugnação do efeito material e imediato da sentença prolatada em processo cautelar, nos casos em que a cautelar tenha natureza satisfativa, ante a ausência de efeito suspensivo do recurso (CPC, art. 520, IV) e a alteração do quadro fático, com Inversão da posse da criança e transferência imediata da mesma para outro país, antes mesmo de escoado o prazo recursal. 2. **O fim social pretendido pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, conhecida como Convenção de Haia, conforme indica seu texto introdutório, é o de dar proteção efetiva à criança, no plano internacional, prevenindo-a dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas, além de assegurar a proteção do direito de visita.** 3. Os elementos constantes dos autos apresentam relevância suficiente para que se conclua que a menor se encontra plenamente integrada em seu meio e que, em consequência, o princípio do melhor interesse da criança é, ao menos por ora, permanecer com sua mãe no Brasil, onde já está há quase dois anos, do que voltar, repentinamente, para seu país natal, afastando-se do núcleo social que vem-lhe dando sustentação. 4. **A própria Convenção de Haia dispõe em seu art. 12, que o retorno da criança ao país de origem pode ser recusado, "quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio".** 5. Esta decisão não afeta a questão da guarda da menor, da competência da Justiça deste Estado; a questão a ser definida é se, neste momento, deve ser efetivamente cumprida a ordem de busca e apreensão da criança ou se, ao contrário, deve ser dado efeito suspensivo à mesma, até o trânsito em julgado da sentença. 6. Segurança concedida." (MS 2004.02.01.011601-2, Des. Liliane Roriz)

Como se vê, não se extrai da Convenção regra que consagre de modo absoluto o retorno imediato do menor. E a razão para tanto é evidente: tal como já se apontou, o *objetivo* primordial que moveu os Estados-partes na criação do pacto internacional foi o de **resguardar, de forma prioritária, o bem-estar das crianças** abruptamente transferidas para ou retidas em país diverso do de sua residência habitual. Não se conforma, assim, com o espírito da Convenção,



uma aplicação meramente formalista de suas normas, que dê eficácia absoluta à ordem de repatriamento do infante.

Em síntese do que se desenvolveu até aqui, pode-se afirmar que:

- (i) A Constituição Federal assegura, em caráter prioritário, a proteção do melhor interesse das crianças e adolescentes (art. 227).
- (ii) **Os arts. 1º, "a", 7º, caput, 11 e 18 da Convenção da Haia devem ser interpretados à luz de tal preceito fundamental**, reputando-se inconstitucional a exegese absoluta e formalista que lhes vem sendo atribuída por juízes, tribunais e autoridades administrativas.
- (iii) Nesse sentido, a determinação de "retorno imediato" ou "a qualquer momento" do menor deve ser sempre precedida da prévia avaliação das circunstâncias fáticas, com vistas à efetiva proteção do bem-estar da criança. A repatriação, afinal, nem sempre consistirá a solução mais ajustada ao seu melhor interesse, e disso apenas se terá ciência após o percuciente exame dos fatos da causa.
- (iv) Da mesma forma, medidas de urgência relacionadas à devolução do menor não poderão ser adotadas de forma precipitada, sem a prévia e suficiente avaliação das circunstâncias concretas, sob pena de violação ao art. 227 da Constituição. Por aí já se conclui que é incompatível com o rito de aplicação da Convenção da Haia a concessão de provimentos liminares *inaudita altera parte*.

- (v) Veja-se, por fim, que referida interpretação é amplamente corroborada pela análise sistêmica da Convenção. Chamam a atenção os arts. 20 e 13, que prevêm a recusa quanto à devolução do menor nos casos de violação a preceitos fundamentais do País requerido (do que é exemplo o princípio da proteção integral dos menores), bem como diante de perigos físicos e psíquicos a que submetido a criança.

**4.2. Interpretação conforme às garantias do devido processo legal,
do contraditório e da ampla defesa
(CF, art. 5º, LIV e LV)**

Além de compatibilizados com a norma do art. 227 da Constituição, os arts. 1º, "a", 7º, *caput*, 11 e 18 da Convenção da Haia devem sofrer interpretação conforme às garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, inscritas no art. 5º, LIV e LV da Constituição:

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

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"
(grifamos)

O contraditório e a ampla defesa decorrem, a rigor, da cláusula geral do devido processo legal. Sua importância nos processos judiciais e



administrativos é indiscutível²², e já foi objeto de afirmação por este Colendo Tribunal em inúmeras oportunidades²³. Consoante lição abalizada do i. Min. GILMAR FERREIRA MENDES, de tais normas se extraem os seguintes direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.²⁴

Ora, é muito claro que, no caso sob análise, as normas da Convenção questionadas devem ser filtradas à luz do art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Maior. Tal se deve, *em primeiro lugar*, à necessidade de proteção dos interesses *da parte requerida* em juízo ou na esfera administrativa. Com efeito, a ordem de retorno do menor deve ser precedida do prévio franqueamento ao demandado dos direitos a: (i) conhecer dos argumentos e elementos levados a juízo ou à instância administrativa; (ii) manifestar-se sobre eles; (iii) ter suas alegações devidamente consideradas.

²² A doutrina e a jurisprudência pátrias já pacificaram o entendimento de que “o direito à ampla defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 535). A vinculação da Administração Pública a tais princípios, ademais, está expressa na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal).

²³ **A título exemplificativo, confira-se o seguinte julgado:**

“(…) 2. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, amplados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica. *Precedentes. (...)*” (RE-AgR 527814-PR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ. 29.08.2008).

²⁴ *Op. cit.*, p. 525.



A necessidade de prévio e robusto contraditório se revela ainda mais evidente pelo fato de que, a rigor, as demandas judiciais e administrativas de busca e apreensão pautadas na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças equiparam-se a autênticos **processos sancionatórios**. Tal se deve à **Inegável gravidade** que a interferência estatal poderá gerar sobre a esfera de interesses legítimos da parte requerida. Vale enfatizar, nesse sentido, o **caráter potencialmente irreversível** subjacente a tais decisões. De fato, uma vez determinada a devolução do menor, torna-se difícil, senão impossível, obter, no país para o qual repatriada a criança, decisão que autorize o seu retorno ao Brasil – isso mesmo que o réu venha a se sagrar vencedor da demanda ajuizada em território brasileiro. Mas não é só.

Para além de todo o exposto, razões ainda mais fortes justificam a exigência de *prévio e robusto* contraditório e ampla defesa na hipótese em exame. É que, nos processos regidos pela Convenção da Haia, o devido processo legal serve não apenas à garantia do réu, mas, sobretudo, aos **interesses do menor**. A oitiva prévia da parte requerida é imprescindível para que se levem a juízo elementos de fato sem os quais é impossível, ou no mínimo temerário, avaliar aquilo que realmente irá propiciar o bem-estar do infante.

Mais do que isso, será mesmo imprescindível, sempre que possível, a prévia oitiva da própria criança, o que, aliás, é vivamente recomendado pelo art. 13 da Convenção²⁵.

Do exposto se conclui que **a integral proteção do menor não é compatível com a adoção de medidas de urgência ou de decisões não precedidas de robusto contraditório**. Os argumentos levados a juízo ou

²⁵ *In verbis*: "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".

declinados em pleito administrativo pela parte-requerente devem ser sempre prévia e suficientemente contraditados à luz dos argumentos e provas produzidos pela parte requerida e, sempre que possível, pela oitiva da própria criança.

Em suma: o contraditório e a ampla defesa nos processos judiciais e administrativos submetidos à aplicação da Convenção da Haia revestem-se de importância essencial. Além de funcionarem como garantia da *parte demandada*, são instrumentos para a tutela integral dos *interesses do menor*, que, como se viu, gozam de absoluta prioridade no sistema constitucional. Daí a necessária compatibilização dos dispositivos destacados com o Texto Maior: tanto a ordem de retorno imediato, quanto a adoção de medidas de urgência, adotadas por juízes ou pela Autoridade Central, precisam ser submetidas, em qualquer caso, a contraditório prévio e robusto, sob pena de se colocarem em risco, de forma irreversível, os interesses do infante.

**4.3. Desconstruindo o mito do compromisso absoluto da República
Federativa do Brasil no plano internacional.
Supremacia da Constituição e ponderação de princípios.**

À luz de tudo o quanto se expôs, urge deixar assentado, uma vez por todas, o quão ilegítima é a interpretação comumente verificada – e que ora se pretende combater – no sentido de que a Convenção da Haia há de ser aplicada de forma automática, *a qualquer custo*, enquanto meio para efetivação dos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no plano internacional. Trata-se de discurso *duplamente* equivocado.

Em primeiro lugar, o texto da Convenção deve, sim, ser aplicado integralmente, mas *desde que* observados os limites impostos pela Constituição.

Para fazer valer a supremacia constitucional, a Convenção deve ser lida à luz da Carta Maior, e nunca o contrário.

Isso implica que se ponderem, no caso concreto, a ordem de devolução imediata do menor com os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral do menor, do contraditório e da ampla defesa. No jogo da ponderação, caberá ao Intérprete avaliar as peculiaridades concretas e atribuir pesos às normas concorrentes. O que se tem como certo é que, nesse balanceamento, por força de imposição constitucional expressa (art. 227), o bem-estar do menor deverá prevalecer com prioridade absoluta, cabendo ao julgador a perquirição efetiva de tal objetivo.

Em segundo lugar, é preciso deixar claro que, ao garantir a proteção do melhor interesse da criança, ainda que mediante a recusa de seu retorno, o julgador não estará fragilizando a competência atribuída à União para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I). Pelo contrário! Como se expôs, o fim maior da Convenção da Haia é, justamente, a proteção da criança contra os efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou retenção ilícitas. Ao avaliar as circunstâncias concretas e perquirir aquilo que melhor propicia o desenvolvimento do menor, estarão as autoridades, em verdade, aplicando a Convenção, e não o inverso.

É verdade que a abertura e condução de um processo judicial ou administrativo podem afetar a desejável celeridade na solução da questão. No entanto, o interesse na rápida resolução do caso não pode, jamais, prevalecer sobre o princípio da proteção integral do menor, ao qual, não sem motivo, a Constituição Federal atribuiu, repita-se, **absoluta prioridade**. Desta forma, o melhor caminho talvez seja estabelecer um procedimento que seja, tanto quanto o possível, mais célere do que o tradicional, tendo-se em mente, sempre, a relevância dos direitos constitucionais envolvidos, que desaconselha e desautoriza a tomada de decisões precipitadas. Outra solução possível passa pela definição de



standards a serem seguidos pelas autoridades administrativas e judicantes, estratégia que foi adotada com bastante êxito pela Suíça, como já se mencionou.

Em síntese: **o compromisso da República Federativa do Brasil no plano internacional não é motivo para se deixar de aplicar a Constituição.** É fundamental que esta e. Corte Maior faça prevalecer o texto constitucional e consagre, de uma vez por todas, que o dever internacionalmente assumido pelos países signatários da Convenção é, antes de tudo, **o de assegurar os direitos fundamentais das crianças**, para o que a devolução forçada poderá ser apenas *um* dentre os meios adequados, **mas jamais um fim em si mesmo.**

4.4. A aplicação da Convenção da Haia no Direito Comparado

Ainda neste capítulo, importa traçar um breve panorama acerca do entendimento prevalente em outros países que ratificaram a Convenção da Haia. O objetivo é demonstrar que **não existe**, no direito comparado, um histórico de aplicação *automática* da ordem de "retorno imediato" dos menores. Pelo contrário. Em confluência com a tendência mundial de valorização dos direitos humanos, as cortes estrangeiras buscam averiguar, caso a caso, aquilo que realmente contribui para a proteção integral das crianças. Ou seja: a interpretação *constitucionalizada* dos dispositivos da Convenção buscada nesta ADIn não é única nem inovadora mundo afora.

- (i) Exceção prevista no art. 13, "b" da Convenção:

"Ambos os pais tinham um histórico de intenso alcoolismo. Conseqüentemente, as crianças permaneciam sob os cuidados e a guarda *de facto* dos avós maternos, que viviam, originalmente, no Reino Unido. Diante do quadro crônico da mãe, os avós acharam por bem levar as crianças para a



Irlanda. Por conseguinte, a mãe submeteu-se aos procedimentos da Convenção, e requereu o retorno de seus filhos. **Entretanto, a Corte Superior irlandesa rejeitou o pleito, considerando que o retorno das crianças ao Reino Unido poderia ocasioná-los grave risco, além de danos físico e psicológico, e um ambiente intolerável.** Outrossim, **levou-se em conta as objeções do filho mais velho quanto ao retorno ao país de origem.** A mãe recorreu da decisão, mas a Suprema Corte da Irlanda confirmou o acórdão prolatado pela instância inferior, com base no art. 13 da Convenção de Haia, tendo por referência relatórios que atestam o bem-estar das crianças. Além disso, a Corte constatou que **os pais são, ainda, fortemente dependentes do álcool, conduta essa que não se adequa ao melhor interesse da criança.**²⁶

* * *

"Inicialmente, a justiça inglesa determinou o retorno da criança aos Estados Unidos, país de origem, dando provimento ao pleito paterno. No entanto, **a decisão foi reformada em sede de apelação e o retorno negado, com fulcro no art. 13(1)(b) da Convenção.** Isso porque a criança testemunhou cenas de agressão de seu pai para com sua mãe, tendo sido, ele próprio, vítima da violência paterna, o que, em momento algum, foi contestado pelo pai. Adicionalmente, diante do cogitado retorno aos Estados Unidos, **a criança apresentou graves reações psíquicas, tais como pesadelos e comportamentos agressivos.** Por essas razões, a Corte de Apelação, em correta interpretação, entendeu restar preenchido o critério exigido pelo art. 13 (1) (b) da Convenção para negar o retorno da criança aos EUA."²⁷

* * *

"Conforme programado, a mãe foi de férias a Alemanha, junto aos filhos, para visitar seus familiares e procurar oportunidades de trabalho para o pai. A data agendada para o retorno era meio do mês de julho. O pai das crianças

²⁶ *International Child Abduction Database*. Trata-se do banco de dados mantido pela própria conferência de Haia. Caso HC/E/IE 272 [08/12/1999; Supreme Court of Ireland; Superior Appellate Court] T.M.M. v. M.D. [Child Abduction: Article 13] [2000] 1 IR 149. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 12.12.08.

²⁷ Caso HC/E/UK 8 [02/09/1995; Court of Appeal (England); Appellate Court] Re F. (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam 224, [1995] 3 WLR 339, [1995] Fam Law 534. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 15.12.08.



afirmou que não pretendia se mudar para a Alemanha. A mãe e as crianças não retornaram aos Estados Unidos, como planejado. A justiça alemã concedeu a guarda temporária à mãe, e o pai, por sua vez, requereu o retorno das crianças, o qual foi negado. Nessas circunstâncias, o pai apelou da decisão denegatória de seu pleito, mas a Corte de Apelação manteve a decisão proferida em primeira instância, **com base no art. 13 (1) (b) da Convenção**. A Corte considerou justificada a recusa da mãe em retornar aos Estados Unidos, pois sentia medo do pai da criança, além de não ter possibilidade de trabalhar naquele país. **Ademais, considerando o fato de a mãe ter cuidado exclusivamente de seus filhos desde o nascimento**, o Tribunal entendeu que eventual **separação entre eles causaria às crianças sério dano psicológico**, restando atendido o requisito do referido artigo.²⁸

* * *

"Após a separação dos pais, a criança permaneceu residindo com a mãe, e o pai ficou ausente em sua vida. Por conseguinte, a mãe resolveu retornar ao seu país de origem, Alemanha. Posteriormente, o pai ajuizou uma demanda à luz da Convenção de Haia, pleiteando o retorno da criança aos Estados Unidos. Nada obstante, a justiça alemã denegou o pedido, **na medida em que o pai não exercia seus deveres de sustento e afeto ao filho e tampouco usufruía de seus direitos de guarda** para com a criança, no período que antecedeu a saída do menino dos EUA. Outrossim, **a corte julgadora acolheu o depoimento testemunhal de que o pai era violento, viciado em drogas, imprevisível e agressivo, além de considerar o fato de que a criança ficava conturbada com os freqüentes conflitos entre seus pais**. Nesse contexto, ressaltou-se que o menino tinha dificuldade para dormir, molhava sua cama e adotava um comportamento agressivo. Logo, a corte assentou que, **se determinado o retorno do menino aos Estados Unidos, mesmo acompanhado por sua mãe, ele seria submetido à um estresse extremo e a uma situação intolerável**. Com base nesses

²⁸ Caso HC/E/DE 323 [25/11/1998; Oberlandesgericht Stuttgart (Higher Regional Court) (Germany); Appellate Court] 17 UF 260/98; Oberlandesgericht Stuttgart (Higher Regional Court) (Germany), 25 November 1998. Disponível em:

<http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 11.12.08.



fundamentos, e à luz do art. 13 (1) (b) da Convenção, a ordem de retorno foi negada.²⁹

- (ii) Exceção prevista no art. 12 da Convenção e a questão do "primary carer":

"Inicialmente, a justiça da Suécia determinou o envio da criança aos EUA, e a decisão foi mantida em sede de apelação. A mãe da criança recorreu à corte suprema para a matéria. Nesse grau de jurisdição foi **reformada a decisão anterior sob o fundamento de que não teria havido retenção ilícita da criança, uma vez que após dois anos de residência na Suécia, a criança teria adquirido residência habitual na Suécia, onde deveriam ser dirimidas as questões emergentes sobre a guarda da criança.**

Residência Habitual (Art 3): A questão da residência habitual é primeiramente uma questão de avaliação objetiva, de condições verificáveis, como a duração do período de residência, dos laços sociais e outras circunstâncias de caráter pessoal ou profissional que podem indicar um vínculo mais permanente com um país do que com outro. **No caso de uma criança, a residência habitual daquele que detém a guarda e outras relações de natureza social e familiar são de importância decisiva. Após dois anos, a criança adquiriu residência habitual na Suécia**"³⁰

* * *

"Inicialmente, a justiça da Inglaterra determinou o envio das crianças a Zimbabwe, e a decisão foi mantida em sede de apelação. A mãe recorreu à instância suprema para a matéria, que reformou a decisão antes proferida, para negar o retorno das crianças, com base no art. 12(2) da Convenção de Haia. **Ficou assentado no precedente que, muitas vezes, o imediato retorno da criança seqüestrada não pode ser concedido, devendo ser sopesados os propósitos da Convenção, quais sejam, a cooperação**

²⁹ Caso HC/E/DE 324 [08/03/1998; Familiengericht Frankfurt (Family Court) (Germany); First Instance] 35 F 1162/98-52, Familiengericht Frankfurt (Family Court) (Germany), 16 October 1998. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 11.12.08.

³⁰ Caso HC/E/SE 80 [09/05/1996; Supreme Administrative Court (*Regeringsrätten*) (Sweden); Superior Appellate Court RÅ 1996 ref 52, A.F.J. v. T.J., 9 May 1996] Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 11.12.08.



entre os Estados ratificantes, o mútuo respeito aos processos judiciais, e a objeção ao seqüestro internacional de menores, com o melhor interesse do menor, em cada caso concreto. Nesse sentido, a Corte Suprema reconheceu que **as crianças já tinham se adaptado ao novo ambiente**, na Inglaterra, à época do julgamento, e **queriam lá permanecer**. Ademais, levou-se em consideração a incerteza e a volatilidade da vida em Zimbabwe. Assim, **a Corte indeferiu o retorno das crianças a este país, para impedir que as mesmas sofram com a mudança**, em detrimento do estrito cumprimento do objeto da Convenção.³¹

(iii) Exceção prevista no artigo 20 da Convenção:

"A justiça australiana entendeu que o retorno da criança não seria permitido com base nos **princípios fundamentais da Austrália, relacionados à proteção dos direitos humanos e a liberdades essenciais**. Foi contrário a todos os conceitos de justiça o fato de a discussão sobre a guarda da criança ter sido conduzida sem o direito da mãe de se manifestar. **Além disso, a Corte assentou que o fato de a mãe ter sido impedida de entrar nos Estados Unidos, uma vez instaurado o processo de divórcio pelo pai, constitui um grave risco à criança, que pode ser submetida a uma situação intolerável, se retornar sozinha aos Estados Unidos**. Nesse sentido, a ordem de retorno foi negada, à luz dos art. 13(1)(b) e art. 20 da Convenção de Haia"³²

Veja-se que, em todas essas decisões, oriundas de Tribunais dos mais variados Estados-membros da Convenção, as autoridades judiciais avaliaram a fundo a situação e os sentimentos específicos da criança, bem como as peculiaridades da hipótese concreta, antes de tomar qualquer decisão quanto ao pedido de devolução do menor ao país requerente. Ademais, em todos os casos,

³¹ *International Child Abduction Database*. Trata-se do banco de dados mantido pela própria conferência de Haia. Caso HC/E/UK 937 [05/12/2007; House of Lords; Superior Appellate Court] Re M [2007] UKHL 55. Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 15.12.08.

³² Caso HC/E/AU 283 [29/10/1997; Family Court of Australia at Melbourne; First Instance] State Central Authority of Victoria v. Ardito, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne). Disponível em: <http://www.incadat.com/index.cfm?fuseaction=convtext.showFull&code=80&lng=1> Acesso em: 15.12.08.



tal exame foi fundamental para que se concluisse pela manutenção da criança no país para o qual foi transferida, enquanto medida necessária para tutelar o seu melhor interesse e proteção.

Desta forma, em hipótese alguma deve ser ordenado o retorno do menor ao país requerente sem que se saibam exatamente a que condições ficará ele submetido no retorno, quais as razões que levaram à sua transferência para o Brasil e se o mesmo já se adaptou a este país de modo tal que a devolução lhe será prejudicial. Somente depois de verificada a incidência, ou não, de uma das hipóteses de exceção, é que se pode tomar uma decisão minimamente segura sobre a matéria. Com isso, é inadmissível, à luz dos princípios constitucionais supramencionados, qualquer ordem imediata de retorno da criança.

V

ARTS. 12 E 13, "B"

Hipóteses de recusa quanto à devolução do menor.

Filtragem constitucional para a garantia da tutela do melhor interesse da criança e de outros princípios constitucionais.

Os artigos 12 e 13 da Convenção prevêem hipóteses de exceção à regra de retorno do menor ao país onde tinha residência habitual antes da transferência ou da retenção. Confira-se sua dicção:

"Artigo 12

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



A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, **salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.**

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança." (grifamos)

"Artigo 13

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

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) **que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.**

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

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

Na esteira das considerações tecidas no capítulo anterior, referidos dispositivos – tais como qualquer norma infraconstitucional que trate da infância e da juventude – devem ser aplicados à luz do art. 227 do Texto Maior, que prega a tutela *prioritária* do melhor interesse da criança e do adolescente. Qualquer exegese divorciada de tal vetor axiológico será tida por absolutamente inconstitucional.

Assim, muito embora se possa afirmar a constitucionalidade, em tese, de tais regras, fato é que aplicação das mesmas ao caso concreto pode se afigurar incompatível com a Constituição.



No que tange à previsão contida no art. 12, apesar de existir, nos termos da Convenção, uma presunção de que o melhor interesse da criança esteja em seu retorno quando decorrido menos de um ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do ajuizamento da ação de busca e apreensão, tal presunção não pode subsistir quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem o contrário, sob pena de violação ao art. 227 da Carta Maior. É dizer: **extrair do art. 12 uma presunção absoluta revela-se incompatível com o princípio da proteção integral da criança, em sua vertente que preconiza a busca do melhor interesse da criança.**

É oportuno verificar, a esse respeito, o que consta do próprio Informe Explicativo Oficial da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças. *In verbis*:

"Artigos 12 e 18 – Obrigação de restituir o menor

...

Por isso, as dificuldades enfrentadas na tentativa de se definir, em uma norma objetiva, um parâmetro de integração do menor, levaram à fixação de um prazo, talvez arbitrário, mas que consiste na resposta 'menos pior' às preocupações consideradas no artigo." (grifamos)

Ora, resta evidente a necessidade de uma leitura constitucionalizada deste dispositivo. Se os próprios mentores da Convenção admitem terem elegido um critério arbitrário para a determinação do grau de integração do menor, obviamente este critério não pode prevalecer em detrimento de princípios constitucionais e dos dados da realidade! **Como admitir que uma presunção seja arbitrária e absoluta ao mesmo tempo?**

Assim, é de suma importância que, *mesmo* nos casos em que o processo tenha sido instaurado dentro do prazo de um ano acima previsto, sejam avaliadas, em consonância, ainda, com a garantia constitucional ao devido

processo legal, as circunstâncias fáticas inerentes ao caso concreto, para concluir se se trata, ou não, da exceção prevista no citado artigo 12.

Nas hipóteses em que os fatos demonstrarem que, a despeito da suposta ilicitude da transferência ou retenção, o menor se revele mais bem adaptado ao país para o qual foi transferido, de modo que a imposição do retorno prejudicar-lhe-la largamente, então a única solução compatível com o **princípio da dignidade da pessoa**, em sua vertente do **melhor interesse da criança**, será o indeferimento do pleito de retorno, independentemente do prazo decorrido.

Em outras palavras, num ordenamento jurídico que se rege pelo princípio da dignidade da pessoa humana, nem o argumento da segurança jurídica (que se converteria apenas na segurança jurídica do requerente), nem o da necessária observância dos pactos internacionais pode sobrepor-se à efetivação do princípio do melhor interesse da criança. Muito menos o princípio de que não se pode valer da própria torpeza, manifestamente menor em relação aos demais suscitados. De fato, *“é freqüentemente afirmado que não se pode permitir que a mãe tire vantagem do seu próprio comportamento ilegal. Uma visão tão estrita não deixa espaço para que se leve em consideração os interesses da criança, uma situação que é ainda mais grave pelo fato de que a criança só é aceita como parte do procedimento em casos excepcionais”*.³³

A propósito, destacando o efeito da Impregnação constitucional em casos de aplicação da Convenção da Haia, confira-se as precisas lições da Prof. NADIA DE ARAÚJO:

“Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser perseguido quando postos em causa os

³³ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 143. Tradução livre.



interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais. Por isso, **na aplicação da Convenção, o magistrado precisa ter em mente a aplicação do princípio de forma ampla, como aliás ocorre em diversos setores da normativa jurídica.**

Com isso, tem-se uma aplicação positiva da ordem pública, que garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico que os indivíduos carregam consigo. Isso inclui o respeito ao patrimônio cultural das pessoas, que, nos casos de direito de família, precisa ser levado em consideração, quando se decidem situações de seqüestro internacional, nas quais o princípio da proteção integral deva atuar, como na Convenção".³⁴ (grifos nossos)

O que se constata, inexoravelmente, é que determinar o retorno do menor, quando as circunstâncias demonstrem que a criança está plenamente integrada, viola a cláusula do melhor interesse da criança, assim como o *telos* da própria Convenção, erigida, não há dúvidas, para beneficiar e proteger menores, e não para prejudicá-los. Também a jurisprudência Internacional se orienta no mesmo sentido, como antes demonstrado.

No que tange ao artigo 13, é igualmente fundamental que esta e. Corte Constitucional lhe atribua uma interpretação adequada à luz dos preceitos contidos na Lei Maior. Neste sentido, veja-se que o art. 227 exprime uma cláusula aberta, contendo verdadeiro conceito jurídico indeterminado. Como tal, se sujeita à inevitável consideração das circunstâncias peculiares de cada caso para sua correta aplicação pelo magistrado, o que vai ao encontro da perspectiva de proteção integral do menor.

Se é certo que todo conceito jurídico indeterminado possui um núcleo duro, constituído de hipóteses em que sua aplicação se reconhece imediatamente e de maneira óbvia, também é de se reconhecer que, para além de

³⁴ Araújo, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 504-505.

tal núcleo, existe uma *zona de penumbra*, em que certa hipótese, dadas suas peculiaridades, poderá ser enquadrada ou não.³⁵

Assim, a aplicação do dispositivo será evidente nos casos em que, *verbi gratia*, o Estado Requerente passe por uma calamidade pública (fome, guerras, etc.) ou em que o genitor que propõe a medida maltrate o menor ou dele abuse sexualmente. Não apenas nesses casos, contudo, deverá prevalecer a recusa do retorno do menor. Sob o influxo da doutrina do melhor interesse, também em outras situações, embora não extremas, deverá a autoridade judiciária recusar a devolução da criança, desde que as peculiaridades do caso concreto apontem nesse sentido. Interpretação diversa, repita-se, esvaziaria o art. 227 da CF.

Na autorizada lição do recém-empossado Juiz da Corte de Haia CANÇADO TRINDADE, "(...) *No presente domínio, tem-se felto uso do direito internacional a fim de aprimorar e fortalecer - e jamais debilitar ou minar - a proteção dos direitos humanos consagrados*".³⁶ Ou seja, havendo indícios de que a devolução do menor lhe possa ser prejudicial, deve, sempre, ser sopesada a regra de retorno da criança, ainda que não se trate de situação extrema, assegurando-se a concretização dos direitos fundamentais tutelados pela Lei Maior.

Assim é que, a existência de risco na devolução da criança ao país de origem deve ser avaliada caso a caso, não se podendo, de antemão, restringir tais situações a hipóteses predeterminadas. Cada criança é única e reage diferentemente às situações, assim como cada caso tem as suas características

³⁵ Na precisa síntese de Gustavo Binenbojm: "(...) tais conceitos, ao mesmo tempo em que possuem um núcleo preciso de significado, exibem também um halo periférico, uma zona de penumbra, na qual haverá certa margem de apreciação na interpretação por parte do Poder Público" (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 219).

³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, pp. 38, 44 e 58, respectivamente.



próprias, que devem influenciar na tomada de decisão tão delicada e com o condão de influenciar tanto a vida e a formação de uma criança.

Não obstante, nada impede que se estabeleçam presunções ou parâmetros que devam guiar a aplicação do art. 13 ao caso concreto. Sobre o ponto, vale ressaltar, mais uma vez, o ato recentemente editado pela Suíça, direcionado a adaptar as normas da Convenção ao princípio do melhor interesse da criança que, no que se refere à exceção do artigo 13, "b", estabeleceu relevante *standard* para delimitar as hipóteses de retorno.

A grande preocupação que motivou o art. 5º do mencionado ato foi a necessidade de uma releitura da Convenção à luz do novo padrão verificado nos "seqüestros" internacionais: como já destacado, os mesmos têm sido comumente praticados por mães que exercem a posição de principais responsáveis pelo desenvolvimento da criança (ou "*primary carer*").

O referido artigo 5º, assim, presumiu criar-se uma *situação intolerável* para a criança no seu retorno ao país requerente nos casos em que foi de lá transferida justamente por seu principal responsável, normalmente a mãe, e que esta pessoa não possa, face às circunstâncias do caso concreto, acompanhar o filho e retornar ao país onde detinham residência habitual antes do "seqüestro".

Em outras palavras: "o retorno da criança para o País onde tinha residência habitual só deve ser realmente ordenado se a criança puder viver lá com o familiar que é o seu principal guardião e em condições que estejam de acordo com o seu melhor interesse e também sejam toleráveis pelo referido familiar. Se o retorno for ocorrer de modo tal que a mãe e a criança vivam separadamente do pai do menor e que seja impossível ter um ambiente social e econômico melhor, a situação será considerada intolerável."³⁷

³⁷ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 159-160. Tradução livre. Grifamos.



Com efeito, ainda com ANDREAS BUCHER, "*o mecanismo de retorno previsto na Convenção é primordialmente criado para proteger direito de guarda ou a expectativa de que haja nova ordem atribuindo a guarda ao genitor que foi deixado no país requerente. Não foi designado para assegurar o retorno quando não houver dúvidas de que a pessoa que transferiu ou reteve a criança, e não quem ficou no país de origem, val continuar sendo o principal guardião, ficando com a criança.*"³⁸

Este é um excelente exemplo de parâmetro a ser seguido na aplicação do art. 13, sobretudo considerando-se que tais condições muitas vezes passam despercebidas. Disto resultam decisões determinando o retorno da criança ao país requerente sem que seja realizada qualquer análise sobre quem é efetivamente o responsável por ela ou se a pessoa requerente apresenta condições financeiras e psicológicas para cuidar do menor; ou, o que é ainda mais grave, a despeito desta verificação.

Frise-se: a determinação de retorno da criança para outro país, com base na Convenção, para tutelar direito de guarda, não faz sentido e não deve ocorrer nos casos em que tal direito só tenha sido efetivamente exercido pela pessoa que transferiu o menor, a qual, naturalmente, por ter melhores condições de cuidar da criança, acabaria sendo quem efetivamente permaneceria com a sua guarda no país requerente. Com muito maior razão, diante da impossibilidade do *primary carer* retornar ao país requerente, menos ainda deverá ser ordenado o retorno, já que tal significaria afastar a criança da pessoa com quem mais intensamente firmou laços emocionais, para entregá-la ao genitor que não exercia verdadeiramente o poder-dever de guarda.

³⁸ BUCHER, Andreas. *Op. cit.*, p. 160. Tradução livre. Grifamos.

Em síntese do que se desenvolveu neste capítulo, impõem-se afirmar que:

- (i) O artigo 12 deverá ser *interpretado conforme a Constituição Federal*, para que o melhor interesse da criança seja perseguido no caso concreto, a despeito da presunção temporal contida no referido dispositivo. Do contrário, ter-se-ão como desrespeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança (art. 1º, III e 227 da Constituição), além de violado o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição).

- (ii) O artigo 13, "b" deverá ser *interpretado conforme à Constituição*, no sentido de conferir interpretação ampliativa e não restritiva às hipóteses possíveis de caracterizar perigo de ordem física ou psíquica à criança ou uma situação intolerável, eis que o fim de tal previsão é tutelar as crianças, sob pena de violação, também, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança (art. 1º, III e 227 da Constituição), além do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição), buscando-se sempre a resposta no caso concreto.

VI

ARTS. 7º, ALÍNEA "F", e 21

A assunção pela União Federal da defesa de interesses privados viola o princípio republicano e, potencialmente, o melhor interesse da criança.

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças comete às Autoridades Centrais um amplo rol de



atribuições com vistas à sua operacionalização e efetividade. Confirmam-se, nesse sentido, o teor de seus arts. 7º e 21, *verbis*:

“Artigo 7º

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.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilícitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;**
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.” (grifamos)

“Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança.

Às Autoridades Centrais, Incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, **diretamente** ou por meio de intermediários, **iniciar** ou favorecer **o procedimento legal** com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a



observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito." (grifamos)

Do *caput* do art. 7º já se tratou em capítulo anterior, quando apontada a necessidade de compatibilização da ordem de "retorno imediato" com o princípio do melhor interesse da criança e do devido processo legal. No presente capítulo, cuidar-se-ão da alínea "f" e do art. 21 transcritos. Como se demonstrará, referidos dispositivos devem ser interpretados à luz dos **princípios republicano (CF, art. 1º), da Impessoalidade, da moralidade (CF, art. 37), e do melhor interesse da criança (CF, art. 227).**

Segundo o art. 7º, alínea "f", a Autoridade Central deverá tomar medidas, inclusive diretamente, para *dar início* ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise ao retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita. O art. 21, de sua vez, comete às Autoridades Centrais a possibilidade de, diretamente, iniciarem procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

No ordenamento jurídico brasileiro, o papel de Autoridade Central foi cometido à **Secretaria Especial de Direitos Humanos** (antiga Secretaria de Estado dos Direitos Humanos), por força do **art. 1º do Decreto nº 3.951/2001**.³⁹ Assim, o cumprimento da primeira parte do art. 7º, alínea "f", da Convenção, bem como do último parágrafo de seu art. 21, tem implicado o **ajuizamento de ações judiciais diretamente pela União Federal**, representada por sua Advocacia-Geral, com vistas à busca e apreensão do menor supostamente "seqüestrado" ou à regulamentação do direito de visita.

³⁹ *Verbis*: "Art. 1º Fica designada como Autoridade Central, a que se refere o art. 6º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças e Adolescentes, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79, de 12 de junho de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça".



É isso, com efeito, o que vem acontecendo com freqüência cada vez maior. São inúmeros os casos de ações propostas por iniciativa da União, que nelas figura como autora, operando-se, em regra, o ingresso no feito do parente interessado na qualidade de mero assistente do ente público.

A questão que será desenvolvida no presente capítulo gira em torno de tais situações e pode ser assim colocada: **é constitucional o ajuizamento pela União Federal, em seu próprio nome, de ação de busca e apreensão que vise ao retorno de um menor a seu país de origem, ou, ainda, de ações de regulamentação de visitas? Evidentemente que não.**

A Constituição de 1988, logo em seu art. 1º,⁴⁰ consagra a adoção do **regime republicano**. Nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a opção traduz:

"(...) um regime político em que se define um espaço público, distinto do privado, no qual são identificados e caracterizados certos interesses, também ditos públicos, que transcendem os interesses individuais e coletivos dos membros da sociedade e, por isso, passam a ter sua satisfação submetida a decisões, normativas e concretas, de agentes também públicos".⁴¹

O núcleo essencial do princípio republicano reside, assim, na idéia de *res publica* (ou coisa comum), da qual se extraem, dentre outras, as noções de eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade.⁴² Como assinalado pelo

⁴⁰ *Verbis*: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:". Além do art. 1º, diversos outros dispositivos constitucionais remetem ao regime republicano, a exemplo dos arts. 3º, *caput*; 4º, *caput* e parágrafo único; 5º, parágrafo 2º; 12; 13; 18; e 95. Como registrado por GERALDO ATALIBA: "Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seis mais modestos escaninhos ou recônditos meandros" (*República e Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2004, 2ª ed., 3ª tiragem, p. 32).

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, 14ª ed., p. 79. Grifamos.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 138.



Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, "(...) *a república encerra a idéia de **colsa comum, de um bem pertencente à coletividade, correspondendo em linhas gerais à antiga noção grega de politeia, regime em que os cidadãos participavam ativamente da gestão da polis***".⁴³ Em contraposição à investidura hereditária e vitalícia, característica das monarquias, na república a tarefa de cuidar dos **negócios públicos**⁴⁴ é cometida a agentes eleitos pelo povo, diretamente ou através de seus representantes, para o exercício de mandatos temporários.

Explica MARÇAL JUSTEN FILHO que é peculiar às democracias republicanas a existência de "*mecanismos de controle do poder dos governantes, impedindo que as competências governamentais sejam utilizadas para **satisfação dos interesses egoísticos do governante ou de parcelas da população***".⁴⁵ A ratio de tal vedação remete à idéia de *representatividade*. Tal como esclareceu o Ministro SAMPAIO DÓRIA, "[o]s representantes recebem o encargo de proceder, nas questões de governo, como se fossem os representados. **Procedem, não por conta própria, mas por conta do povo. Não podem haver-se com em propriedade sua**".⁴⁶

No âmbito específico da organização da Administração Pública, o modelo republicano informa dois outros princípios de renomada importância, a saber: os princípios da **impeccabilidade** e da **moralidade**, ambos contemplados no *caput* do art. 37 da Constituição.⁴⁷

⁴³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. "Reflexões em torno do princípio republicano", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, jan/dez. 2005, p. 190. Grifamos.

⁴⁴ Para o Min. Sampaio Dória, "*a representação política consiste em cometer o povo a certos indivíduos o encargo temporário ou revogável de cuidar dos negócios públicos*" (apud ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, p. 93).

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76. Grifamos.

⁴⁶ Apud ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.*, p. 94. Grifamos.

⁴⁷ *Verbis*: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impeccabilidade, moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Grifamos.



Nas palavras do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o princípio da impessoalidade traduz "*a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie*".⁴⁸

É também esclarecedora a lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem o princípio da Impessoalidade deve ser compreendido sob uma tríplice acepção: *na primeira, veda à Administração distinguir Interesses onde a lei não o fizer; na segunda, veda à Administração prosseguir interesses públicos secundários próprios, desvinculados dos interesses públicos primários definidos em lei; na terceira, veda que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos*.⁴⁹

Há, como se vê, relação direta entre os princípios da Impessoalidade e republicano: **a idéia de Impessoalidade dá concretude ao compromisso republicano no trato da coisa pública, ratificando o Ideal de exercício temporário e desinteressado do poder.**

O mesmo vale para o princípio da moralidade. Como assentado pela doutrina, haverá violação à moralidade sempre que o agente estatal administrar mal interesses públicos, o que pode ocorrer de três modos: (i) através de atos com desvio de finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; (ii) através de atos sem finalidade pública; e (iii) através

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, 16ª ed., p. 104.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 95.



de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.⁵⁰

Assim, na medida em que vincula o administrador à **persecução das finalidades públicas**, em detrimento de interesses meramente egoísticos, o princípio da moralidade serve, também, à realização das aspirações republicanas. Ou seja: densifica a noção republicana de bem comum e do agir "por conta do povo".

É a luz de tal subsistema normativo que devem ser interpretados os art. 7º, alínea "f", e 21 da Convenção da Haia. O ajuizamento de ações judiciais de busca e apreensão de menores ou de regulamentação de visitas pela União será constitucional *se – e somente se –* tal providência, em harmonia com a melhor tradição republicana, possuir aptidão para atender a interesses de caráter eminentemente público. Na hipótese, contudo, não é o que se verifica.

Com efeito, nas contendas pautadas na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, o Poder Judiciário é chamado a dirimir **conflitos de natureza exclusiva ou preponderantemente particular**. Estão em disputa, de forma imediata, os interesses das partes, envolvidas no alegado "sequestro" e os da(s) criança(s) transferida(s) ou retida(s).

Isso fica bastante claro a partir da análise da sistemática da Convenção. Antes da determinação do retorno do menor, é preciso averiguar, dentre outras questões, se houve a transferência ilícita do menor; quais as condições pretéritas e atuais da criança; a eventual incidência de uma das causas para recusa de seu retorno. Em qualquer de tais casos, o julgador é chamado a apreciar as peculiaridades do caso concreto, que, de sua vez, serão disponibilizadas através das partes diretamente envolvidas no "sequestro". Afinal,

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 96.

como poderá a União informar de modo preciso as condições do menor em seu país de residência habitual, ou no país a que transferido – informações realmente indispensáveis para a garantia de sua integridade psicofísica?

Daí a conclusão inarredável de que conflito levado a juízo tem feição nitidamente privada, girando em torno (ao menos imediatamente) dos interesses dos indivíduos envolvidos na transferência do menor e dos elementos de prova que *eles* (e somente eles) forem capazes de produzir com vistas ao deslinde da causa.

Não se descarta que a questão suscita, ao lado destas, preocupações em torno do compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em sede internacional. É dizer: está também em jogo a credibilidade do país no plano externo. Mas urge reconhecer, da mesma forma, que se trata de **interesses meramente reflexos ou laterais**; jamais preponderantes.

A rigor, qualquer demanda fundada na aplicação de tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional envolverá, *reflexamente*, interesses do país quanto à efetivação de seus compromissos externos. Não é por outra razão, aliás, que o constituinte atribuiu a competência para o julgamento destas ações à Justiça Federal (CF, art. 109, III).

Mas ninguém ousaria defender que, em tais casos, o ente público estaria revestido de legitimidade para ingressar em seu próprio nome com as demandas judiciais. Dois exemplos evidenciam o absurdo. 1) A União estaria autorizada a propor ações de responsabilidade civil em matéria de transporte aéreo internacional para garantir a aplicação da Convenção de Varsóvia? 2) Ou poderia impetrar *habeas corpus* no caso de prisão civil de depositários infiéis, para assegurar a observância tanto do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos quanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica? **Evidente que não.**



É a razão é simples: embora inquestionável o interesse do país no plano internacional, a aplicação das normas internalizadas a casos concretos envolve interesses exclusiva ou preponderantemente particulares. É como se, no plano abstrato, merecesse destaque o compromisso externo assumido pelo Brasil; contudo, uma vez que se passe da hipótese abstrata às situações da vida, avultam de importância os interesses das pessoas concretamente envolvidas, as quais tomam o lugar da República Federativa do Brasil como alvo central das preocupações em torno da aplicação do texto convencional.

Idêntico raciocínio se aplica aos arts. 7º, "f", e 21 da Convenção da Haia. Não se questiona a importância do acordo firmado em sede Internacional; nada obstante, ocorrido o "seqüestro", tornam-se preponderantes os interesses dos parentes envolvidos e, sobretudo, do menor.

A adoção do regime republicano definitivamente não é compatível com a deflagração direta pela União de demanda para a defesa de interesses que são apenas *reflexamente* públicos. De mais a mais, a Constituição, em seu **art. 131**,⁵¹ não atribuiu à Advocacia-Geral da União a competência para defender interesses privados. Como bem pontuou RODRIGO FERNANDES MORE:

"(...) Há uma **inversão absurda de valores** que são válidos numa via – a via do particular contra o Estado – mas são ilegítimos na via reversa – do Estado contra o particular. A tese prática 'defendida' pela AGU permite o absurdo de o Estado demandar contra o particular o cumprimento de um tratado internacional, quando ela deveria ser demandada a cumpri-lo por outro Estado ou pelo particular, como ocorre nos casos das violações de direitos humanos levadas à Corte de Direitos Humanos de San José, na Costa Rica.

⁵¹ *In verbis*: "Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo".



É de se reconhecer, assim, a **ilegitimidade *ad causam* da União, da AGU, para demandar em nome próprio direitos de particulares, em flagrante violação de sua competência constitucional** (referido artigo 131).⁵²

Evidente, portanto, que, a se admitir tal possibilidade, as competências governamentais estariam sendo utilizadas para a satisfação de pretensões meramente egoísticas, em franco descompasso com os princípios tanto da impessoalidade quanto da moralidade (sob a perspectiva do desvio de finalidade).⁵³ Mas não é só.

Na hipótese ora discutida, a inconstitucionalidade da intervenção direta da União é ainda mais alarmante. Assim porque, mesmo que se pudessem conciliar os dispositivos em análise com o princípio republicano – do que se admite para argumentar –, tais normas permaneceriam Inconstitucionais, por colocarem em perigo o **princípio constitucional do melhor interesse da criança (CF, art. 227)**.

De fato, por todas as razões já minuciosamente desenvolvidas, **nem sempre o retorno automático da criança ao país de sua residência habitual representará a solução mais adequada para o seu bem-estar psicofísico**. Na verdade, tal avaliação apenas poderá ser feita após a adoção de diligências probatórias, junto à criança e aos parentes envolvidos, com o objetivo de se reunirem elementos consistentes a respeito daquilo que atenda ao melhor interesse do menor.

⁵² MORE, Rodrigo Fernandes. Aplicação e execução de tratados Internacionais. Estudo dirigido sobre a convenção sobre aspectos civis do seqüestro Internacional de crianças (Hala, 1980). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, 18 jun. 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8517>. Acesso em 17.12.08.

⁵³ Veja-se que seria totalmente inapropriada qualquer analogia com o direito extradicional, no bojo do qual se admite a legitimidade ativa do ente federal. É que, nestes casos, o *ius puniendi* pertence à União, podendo-se falar em um interesse efetivamente público. Nas hipóteses de aplicação da Convenção da Haia, pelo contrário, não se cogita da existência de crime.



Ora, se é assim, o art. 7º, "f", tal como vem sendo interpretado, abre a possibilidade de que a União ajuíze demandas pleiteando o retorno imediato de crianças ainda quando esta não constitua a solução mais ajustada ao seu bem-estar. A hipótese não é de mera cogitação. Ocorreu, *e.g.*, nos autos da ação de busca e apreensão nº 2003.72.00.007700-4, ajuizada pela União Federal com fundamento na Convenção da Haia, cuja ementa se transcreveu linhas acima.

Em casos que tais, é evidente a *inconstitucionalidade* da atuação do ente público. Sob a capa do discurso da efetividade da Convenção, rasga-se o texto da Constituição, com o completo esvaziamento do comando que determinada a primazia dos interesses do menor.

Nem se diga, para tentar legitimar a atuação da União em tais situações, que a hipótese seria de concorrência entre o princípio do melhor interesse da criança (CF, art. 227) e a norma que atribui competência ao ente federal para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (CF, art. 21, I). A questão já foi outrora enfrentada. Apesar da inexistência de hierarquia formal, não há dúvidas de que, no plano axiológico, o princípio inscrito no art. 227 do Texto Maior prevalece sobre os compromissos internacionais do país, por se tratar de norma que decorre de modo imediato do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), epicentro da ordem constitucional em vigor.

Frise-se e repise-se: não existe um interesse público primário, geral e abstrato, no sentido de que crianças alvo de "seqüestro" internacional sejam *incontinenti* devolvidas a seus países de origem. **O compromisso do Brasil é, antes de tudo, com a garantia concreta do melhor interesse da criança (CF, art. 227)**, alvo de verificação caso a caso. Da mesma forma, não existe um interesse público absoluto no cumprimento das obrigações internacionais impostas à República Federativa do Brasil. Na verdade, trata-se de obrigações condicionadas, sujeitas às limitações impostas pela ordem constitucional em vigor.

– no caso, **pelos princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade, que impedem a defesa de interesses privados pela União em juízo, e pelo princípio do melhor interesse da criança, que obriga o ente público a perseguir, em caráter prioritário, o bem-estar do menor.**

Em suma:

- (i) Tratando-se da União Federal, a incidência das normas dos arts. 7º, "f", e 21 da Convenção viola os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade, uma vez que o ente público, em tais casos, através da AGU, atua para a defesa de interesses exclusiva ou predominantemente privados;
- (ii) Referida inconstitucionalidade torna-se ainda mais evidente diante do risco real de que o retorno do menor **não** constitua a medida mais ajustada ao seu melhor interesse. Em tais casos, a atuação da União será francamente inconstitucional, por violação direta ao art. 227 da Constituição.

O que se busca por Intermédio da presente ação direta, portanto, é a **declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos arts. 7º, alínea "f", e 21 da Convenção da Haia, no sentido de que, o ajuizamento de ações de busca e apreensão, ou de regulamentação de visitas, pela União Federal, de forma direta, violará os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade.**

Vale ressaltar, *ad cautelam*, que a filtragem constitucional ora proposta não tem o condão de levar à inefetividade da Convenção, mas apenas de compatibilizá-la com o ordenamento constitucional brasileiro. De fato, a supressão da possibilidade de a União Federal ajuizar, em seu próprio nome, ações de busca



e apreensão de crianças ou de regulamentação de visitas não afasta, por evidente, outras formas de atuação do ente federativo, tanto em sede administrativa como judicial.

Assim, por exemplo, embora vedada a iniciativa direta, caberá à Autoridade Central *favorecer* a abertura de processo judicial, intermediando o contato do Interessado com escritórios privados de advocacia, ou, se for o caso, com a **Defensoria Pública da União**, que é o órgão institucionalmente competente para a defesa de interesses privados dos indivíduos necessitados (CF, art. 134).

Tal possibilidade, vale dizer, ganha reforço a partir de uma leitura sistemática da Convenção, já que seu art. 25 garante aos nacionais de um Estado Contratante e às pessoas que habitualmente residam nesse Estado, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da Convenção, o direito "à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam" (grifamos). No mesmo sentido, o art. 7º, "g", enfatiza a competência da Autoridade Central para "acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado" (grifamos).

De mais a mais, por estarem em jogo interesses de menores, pode-se cogitar da expedição de peças ao Ministério Público Federal, para que este órgão – incumbido, constitucionalmente, da defesa da "*ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*" (CF, art. 127) – promova, se assim entender, as medidas judiciais cabíveis com vistas à proteção da criança.⁵⁴

⁵⁴ Consoante o art. 5º, III, "e", da Lei Complementar nº 75/93, é função institucional do Ministério Público: "*III - a defesa dos seguintes bens e interesses: e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso*".

Não se deve afastar, ainda, a possibilidade de a União intervir como **terceira Interessada** (*amicus curiae* ou **assistente**) em processos de busca e apreensão ajuizados – o que, a propósito do que acima se disse, poderá ensejar a atuação do ente federal em qualquer dos pólos da demanda, a depender da configuração dos elementos de fato e dos riscos para o bem-estar do menor. A hipótese, a rigor, estende-se a qualquer tipo de ação, não havendo motivo para deixar de cogitá-la em processos envolvendo a aplicação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Cabe ao particular interessado, portanto, acionar o Poder Judiciário, e à União Federal, se for o caso, ingressar como terceira interessada, em favor *ou* desfavor do requerente. Esta é a única leitura possível dos arts. 7º, alínea “f” e 21 da Convenção da Haia, no âmbito de uma república constitucional. Não há Interesse público que justifique, repita-se, a propositura pela União Federal de demanda voltada a atender precipuamente a pretensões privadas.

VII

ARTS. 3º e 15

Ineficácia da sentença estrangeira no Brasil antes de sua homologação pelo STJ. Violação ao art. 105, I, “I”, da Constituição.

Dispõem os arts. 3º e 15 da Convenção da Haia:

“Artigo 3

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. (grifamos)

Artigo 15

As autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, **solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do Artigo 3º da Convenção**, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado. As autoridades centrais dos Estados Contratantes deverão, na medida do possível, auxiliar os requerentes a obter tal decisão ou atestado." (grifamos)

O art. 3º estabelece como ilícita a transferência ou retenção de menores realizada em violação ao direito de guarda, o qual, de sua vez, pode resultar de uma **decisão judicial ou administrativa**. Já o art. 15 faculta às autoridades judiciais ou administrativas solicitar a **produção de decisão ou atestado oficial do país de residência habitual da criança**, comprobatório da alegada transferência ou retenção ilícitas do menor. Tais normas, como se verá, não são compatíveis, pelo menos em sua dicção mais imediata, com o ordenamento jurídico brasileiro. Conflitam com as regras de ordem pública inscritas no Texto Maior a respeito da eficácia de decisões judiciais proferidas no exterior.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a questão era tratada no **art. 102, I, "h", da Constituição**, que cometia ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, "*a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do 'exequatur' às cartas rogatórias*". A partir deste marco, consoante a nova redação do **art. 105, I, "i", do Texto Maior**, a matéria foi transferida à competência originária do Superior Tribunal de Justiça, que regulamentou o procedimento através da Resolução nº



09, de 4 de maio de 2005, estabelecendo os requisitos formais e substanciais de homologabilidade das sentenças estrangeiras.

Para compreender a inconstitucionalidade ora suscitada, é imprescindível trazer à baila a jurisprudência sedimentada deste e. Tribunal Constitucional sobre o tema. Nesse sentido, em caso paradigmático, o Supremo Tribunal Federal, a quem anteriormente a Constituição atribuía tal missão, homologou sentença portuguesa que julgara improcedente ação anulatória de contrato, afirmando que **a eficácia a que alude o artigo 483 do CPC⁵⁵ diz respeito a quaisquer efeitos da sentença, e não apenas ao efeito executivo** (cf. SE 3742 – República Portuguesa, rel. Min. MOREIRA ALVES). Nesse importante precedente – que, por sua vez, reportou-se às SE's 2023 e 2425 –, vale conferir trechos do voto do eminente relator, que traz preciosa lição:

“Portanto, tem razão Barbosa Moreira (...) ao observar:

“ **Nenhuma distinção faz o Código de 1973 entre sentenças meramente declaratórias, constitutivas, condenatórias (...). Não é preciso tratar-se de sentença que comporte execução forçada no Brasil, ou que dê lugar à chamada execução imprópria (...). O art. 483 fala em “eficácia”, termo genérico, que não pode ser restritivamente interpretado como alusivo só ao efeito executório.**” (nº 47, pág. 81)

e mais adiante (nº 54, pág. 94)

“À luz do Código em vigor, não pode haver dúvida sobre a necessidade da homologação para que a sentença alienígena surta, no território brasileiro, quaisquer efeitos sentenciários, sejam principais ou secundários. É toda a eficácia da sentença como ato decisório, e não apenas o efeito executivo (ao qual especificamente se refere o art. 584, nº IV), que depende da homologação. Sem esta, pois, em vão se invocará, a propósito de

⁵⁵ *Verbis*: “Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.



alguma causa ajuizada perante órgão nacional, a autoridade de coisa julgada que a sentença haja assumido no Estado de origem.” (grifos originais e nossos)

Neste sentido também já se posicionou o Ministro CELSO DE MELLO, quando do julgamento da SEC 4.738, acentuando inclusive o que fora observado pelo Ministro MOREIRA ALVES:

“Esse processo homologatório, que se reveste de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada (JOSE FREDERICO MARQUES, Manual de Direito Processual Civil, vol. III/254, item n. 700, 9ª. Ed., 1987, Saraiva; HERMES MACEDO HUCH, “Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria”, p. 29, 1994, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO “homologação de Sentença Estrangeira, p. 112, 1978, Saraiva; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/82, item n. 61, 6ª. Ed., 1993, Forense), destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sentença estrangeira, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial.

De outro lado, cumpre assinalar, tal como já acentuado por esta Corte (RTJ 124/471, Rel. Min. MOREIRA ALVES), que a eficácia do ato sentencial homologando – condicionada que está a previa formação de um juízo positivo de deliberação – **abrange todas e quaisquer conseqüências de ordem jurídica que possam emanar da sentença estrangeira.** Disso decorre que a instância de homologação instaurada perante o Supremo Tribunal Federal não tem por objeto único a outorga de eficácia meramente executiva à decisão alienígena.

Na realidade, a exigência constitucional de homologação das sentenças estrangeiras atua como requisito necessário à produção de **todos os efeitos sentenciais possíveis**, sejam estes de caráter principal ou de natureza secundária (JOSE CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/69, item n. 53, 6ª. Ed., 1993, Forense; JOSE FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/252-253, itens n. 698-699, 9ª. ed., 1987, Saraiva, dentre outros).” (grifos nossos)



Democratas25

A Força das Novas Idéias.

Mais recentemente, o mesmo Min. CELSO DE MELLO, quando Presidente do STF, teve oportunidade de reafirmar a doutrina, determinando a **indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada** (cf. STF – Petição Avulsa nº 11).

A orientação, como não poderia deixar de ser, vem sendo inteiramente perfilhada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, como dá conta a recentíssima decisão proferida pelo Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, na Medida Cautelar nº 014795, publicada em 12.11.2008:

"Trata-se de medida cautelar de arresto, com pedido de liminar, em que se postula a apreensão de bens da ora requerida, visando garantir execução futura de sentença arbitral estrangeira, proferida pelo Centro Internacional Para Solução de Controvérsia, cujo pedido de homologação encontra-se em curso nesta Corte.

(...)

Todavia, em que pesem os argumentos apresentados, a pretensão revela-se manifestamente Incabível.

Com efeito, nos termos do art. 483 do Código de Processo Civil, a sentença proferida por autoridade estrangeira somente terá eficácia no Brasil após sua homologação. Antes disso, no entanto, porquanto ainda não incorporada ao ordenamento jurídico nacional, será inexecutável.

A homologação da sentença estrangeira constitui ato formal de recepção, pelo direito pátrio, da decisão emanada de estado ou ente equivalenté estrangeiro, revestindo-se de caráter eminentemente constitutivo. **Conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgamentos, a eficácia do ato judicial alienígena condiciona-se à 'prévia formulação de um juízo positivo de delibação' (SE 6069/FR).**

Portanto, antes de concluído o processo de homologação, por meio do qual se dará a nacionalização do ato decisório estrangeiro, não será possível executá-lo no país. Também não será admissível a concessão de medidas cautelares, em particular quando destinadas à pratica de atos materiais de constrição de bens em território nacional, salvo hipóteses excepcionalíssimas, não verificadas na espécie.

De fato, **'a exigência constitucional de homologação das sentenças estrangeiras atua como requisito necessário à produção de todos os efeitos sentenciais possíveis, sejam**



estes de caráter principal ou de natureza secundária' (SE 6069/FR, Ministro CELSO DE MELLO).

É nesse sentido o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do AgRg na SE 3.408-5, assim ementado:

'EMENTA: - Homologação de sentença estrangeira. Despacho que denega a concessão de medida cautelar de arresto.

Inadmissibilidade de efeito executivo à sentença estrangeira antes da homologação.

AgRg a que se nega provimento.'

Diante disso, nego seguimento à cautelar." (grifos nossos)

Do exposto, resta patente a necessidade de interpretação conforme à Constituição dos arts. 3º e 15 da Convenção, supra transcritos. De fato, não é dado às autoridades judiciais e administrativas brasileiras atribuir efeitos a **decisões judiciais alienígenas**, quaisquer que sejam (primários ou secundários; executórios ou meramente probantes), sem que previamente homologado o *decisum* pelo Superior Tribunal de Justiça, ou concedido o necessário "exequatur".


Note-se que a burla a tal imposição gera riscos graves a diversos outros princípios e garantias fundamentais consagrados no Texto Maior. Um simples exemplo deixa clara tal assertiva.

Dentre os requisitos indispensáveis para a homologabilidade de sentenças estrangeiras, deve a mesma haver sido proferida por autoridade competente, e estar comprovado terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia (Resolução nº 09/05 do STJ, art. 5º, incisos I e II). Ademais, segundo o art. 6º da Resolução do STJ, "*[n]ão será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública*". Tais exigências visam a garantir o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, que são direitos fundamentais arrolados no art. 5º, LIV e LV do Texto Maior, bem como, em geral, à ordem constitucional inaugurada pela Carta de 1988.

Pois bem. Em franca contrariedade a tais objetivos, os arts. 3º e 15 da Convenção abrem caminho a que a autoridade judicial ou administrativa, *independentemente* da verificação desses requisitos, tome em consideração decisão judicial proferida no exterior, para formular um juízo quanto ao direito de guarda alegado pela parte requerente ou quanto ao cabimento da devolução da criança. Evidentemente, há o risco real de que a decisão estrangeira tenha sido prolatada sem a necessária ou suficiente oitiva do parente acusado do "seqüestro". Aliás, é mesmo provável que as garantias do contraditório e da ampla defesa tenham sido suprimidas, diante das dificuldades e obstáculos em torno de situação extremamente complexa, envolvendo conflitos interpessoais e a distância territorial entre as partes.

Daí, justamente, a necessidade de observância do rito do art. 105, I, "i", da Constituição, como garantia de direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional, da ordem pública e da soberania, e cuja supressão implicará usurpação da competência originária atribuída pelo Texto Maior a Tribunal Superior.

Por todo o exposto, pede-se seja atribuída interpretação conforme à Constituição também aos arts. 3º e 15 da Convenção da Haia, no sentido de que a produção de quaisquer efeitos pertinentes a sentenças judiciais (ou decisões análogas) e demais decisões judiciais não definitivas (ou equiparáveis) estrangeiras fique condicionada à prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, ou concessão do competente "exequatur", nos termos do art. 105, I, "i", da Constituição Federal.



VIII

ARTS. 16 E 17

Filtragem constitucional para a garantia da tutela do melhor interesse da criança e de outros princípios constitucionais.

Também os artigos 16 e 17 da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças merecem ser interpretados conforme à Constituição. Tais normas possuem a seguinte dicção:

"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."

"Artigo 17

O simples fato de que **uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança** nos termos desta Convenção, mas a (sic) autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção." (grifamos)

A preocupação da Convenção com a *tutela internacional do direito de guarda* levou-a a restringir, nos artigos 16 e 17, o *universo de cognição do juiz nacional*, como se fosse possível (ou lícito), em tal matéria, desconsiderar questões da maior relevância legal e constitucional.

Nesse sentido, o artigo 16 limita a cognição do juiz para impedi-lo de apreciar qualquer discussão sobre o fundo do direito de guarda ("*não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda*"), ao passo que o artigo 17, mais radicalmente, torna ineficaz a decisão relativa ao direito de guarda ("*uma*



decisão ... não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança"), proferida por autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido (ou passível de reconhecimento neste Estado).

Tendo em vista que tais normas friccionam-se com valores e interesses garantidos pela Constituição de 1988, será preciso, no mínimo, *temperar* a sua interpretação à luz do ordenamento constitucional em vigor. É dizer: ambos os preceitos devem sofrer uma *filtragem constitucional*, a fim de serem adequadamente aplicados no Brasil.⁵⁶

Primeiramente, quanto ao artigo 16 da Convenção, não é lícito à norma internacional desconsiderar a ordem axiológica inaugurada pela Constituição de 1988. Tal ordem, como já se explicitou, tem o seu cerne e vetor axiológico máximo na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da Constituição), numa constatação cabal de que o Estado e o Direito foram criados para o homem, e não o contrário; ou, nas palavras de DANIEL SARMENTO, "o ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele".⁵⁷

Decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana é a doutrina da *proteção integral da criança*, que fundamenta, por sua vez, o princípio e direito fundamental da tutela do *melhor interesse da criança*. No ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio está expressamente consagrado no **art. 227 da Constituição**, que assegura, com **absoluta prioridade**, a proteção da integridade físico-psíquica de crianças e adolescentes.

Retornando ao tema, revela-se insustentável a plena constitucionalidade do artigo 16 da Convenção da Hala, ao menos em sua leitura mais óbvia. De fato, achando-se o magistrado brasileiro sujeito à autoridade da

⁵⁶ SHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59.



Constituição Federal, *jamais poderá deixar de, no caso concreto, apreciar questões ligadas ao fundo do direito de guarda*, caso isto se faça necessário para a concretização do princípio da *proteção integral da criança*. Deixar de fazê-lo, como preceitua a norma internacional, significaria privilegiar o direito de guarda em detrimento do melhor Interesse da criança, em eloqüente afronta à Constituição da República.

Portanto, **o artigo 16 da Convenção deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, autorizando-se ao juiz brasileiro a análise meritória do direito de guarda, toda vez que isto for exigível para a garantia da tutela constitucional protetiva da criança e do adolescente (artigos 1º, III e 227 da Constituição).**

A razão desse entendimento é singela: a ampla proteção constitucional do melhor interesse da criança impede que a lei ou, no caso, a convenção internacional, reduza o âmbito de cognição do juiz, notadamente quanto ao melhor interesse da criança. Assim, se a garantia dos direitos da criança demandar a análise de questões ligadas ao fundo do direito de guarda, não poderá o magistrado deixar de apreciá-las.

É importante apontar, ainda, uma outra Inconstitucionalidade no artigo 16 da Convenção. É que, ao reduzir o universo de conhecimento do juiz ao ponto antes referido, a norma entra em rota de colisão com o *princípio do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição)*. Com efeito, é Inconstitucional admitir que uma convenção internacional afaste a tutela judicial que deve zelar, precisamente, pelo melhor Interesse da criança.

Quanto ao ponto, vale uma breve advertência: não se está aqui negando a possibilidade de o legislador limitar, em certas hipóteses, a cognição do juiz, em benefício de outros interesses juridicamente relevantes. Com efeito, a lei pode – e deve – eventualmente restringir o objeto de determinadas ações, como



faz, por exemplo, nas possessórias, em que é defeso às partes discutir o domínio do bem. Em casos que tais, a celeridade da prestação jurisdicional e a relevância do exercício da posse justificam a restrição *proporcional* do universo de conhecimento judicial.

Contudo, no caso do artigo 16 da Convenção da Hala sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, não se pode admitir o sacrifício *desproporcional* de um *direito fundamental (tutela do melhor interesse da criança)* em benefício do direito de guarda, que sequer possui *status* constitucional, restringindo-se, ainda, o *amplo acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, da Constituição).

O artigo 17 da Convenção não merece melhor sorte, pois, ao tornar ineficaz decisão judicial brasileira sobre o direito de guarda, *desconsidera a proteção do melhor interesse da criança* (artigos 1º, III e 227 da Constituição) e *afasta o Judiciário de tal análise* (artigo 5º, XXXV, da Constituição), violando a ordem constitucional vigente. Com efeito, se há decisão nacional versando o direito de guarda e tal decisão, necessariamente, leva em conta a *proteção integral da criança* – ainda mais se proveniente de juízo especializado – será inconstitucional descartá-la no processo de aplicação da Convenção.

Além disso, o artigo 17 viola a *harmonia e independência dos Poderes* (art. 2º da Constituição), quando considera *ineficaz* qualquer decisão judicial (ou administrativa) relativa à guarda da criança, tomada pelos tribunais ou autoridades brasileiros, para efeitos de recusa de seu retorno ao Estado de sua residência habitual. Em verdade, não é lícito aos Poderes Executivo e Legislativo assumir compromisso internacional que ignore a autoridade das decisões do Poder Judiciário brasileiro. Nada é mais nuclear no princípio da *separação dos Poderes* que a autoridade e eficácia das decisões judiciais, elemento imprescindível da harmonia e equilíbrio entre os três Poderes. De fato, se a lei considera ineficazes



as decisões judiciais brasileiras relativas à guarda, tomadas no âmbito da Convenção da Haia, a violação atinge o cerne do artigo 2º da Constituição, esvaziando o Judiciário como Poder independente da União.

Por fim, o artigo 17 viola, potencialmente, a garantia da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, da Constituição). Com efeito, se não é possível à lei ou ao tratado internacional tornar Ineficazes as decisões judiciais brasileiras, com maior razão não é lícito desconsiderar os efeitos da *coisa julgada* que haja, eventualmente, consolidado determinada situação jurídica de guarda frente aos preceitos da Convenção. Em casos que tais, a coisa julgada, mais do que base para a recusa da devolução da criança, *vinculará* a própria decisão de indeferimento. Especificamente nesta hipótese – que não exclui as demais inconstitucionalidades ora apontadas – estar-se-ia diante de uma **inconstitucionalidade parcial sem redução de texto** da norma internacional, que vedaria a sua aplicação quando diante da coisa julgada.⁵⁸

A importância transcendental dos princípios da separação dos Poderes e do respeito à coisa julgada para o Estado Democrático de Direito foi exemplarmente registrada por este e. Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de

⁵⁸ Conforme a doutrina mais abalizada, a interpretação conforme a Constituição não se confunde com Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Na lição de GILMAR FERREIRA MENDES, “ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por Inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação” (*Moreira AMES e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 54-55). Registre-se, com GUSTAVO BINENBOJM (*op. cit.*, p. 185, nota 335), que “o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto para alcançar a interpretação conforme a Constituição, de maneira a *salvar* a lei ou ato normativo da declaração de sua inconstitucionalidade *tout court*”. Como exemplo do entendimento esposado pelo STF, veja-se a ADI nº 2.652/DF, j. 08.05.2003, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2003, p. 12.



Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário (...), muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios).⁵⁹

Em síntese do que se desenvolveu neste capítulo, pode-se afirmar que:

- (i) O artigo 16 deverá ser *interpretado conforme a Constituição Federal*, para que seja analisado o mérito do direito de guarda quando isto for exigível para a garantia da tutela constitucional da criança e do adolescente, consubstanciada no princípio da proteção do melhor interesse da criança (artigos 1º, III e 227 da Constituição). Do contrário, além de evidentemente restar violado tal princípio, ter-se-á como desrespeitado o princípio do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição).
- (ii) O artigo 17 é inconstitucional: (a) por desconsiderar a proteção do melhor interesse da criança (artigos 1º, III e 227 da Constituição) e afastar o Judiciário de tal análise (artigo 5º, XXXV, da Constituição), quando considera ineficaz a decisão brasileira sobre o direito de guarda; (b) porque viola o princípio da separação de Poderes, esvaziando a autoridade das decisões judiciais (art. 2º da Constituição); e (c) porque

⁵⁹ IF 590 QO/CE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 17.09.1998, DJ 09.10.1998, p. 5.



não observa a garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da Constituição), sendo certo que, nesta hipótese, trata-se de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto.

IX

DO PEDIDO CAUTELAR.

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ao disciplinar o processo da ação direta de inconstitucionalidade, autoriza expressamente a concessão de medida cautelar, consoante dispõem os artigos 10 e seguintes do referido diploma legal. Dessa forma, possibilita-se a suspensão dos efeitos do ato normativo reputado inconstitucional, a fim de salvaguardar a unidade sistemática do ordenamento jurídico, paralisando, liminarmente, a afronta à Carta Constitucional.

Na hipótese dos autos, é nítida a necessidade de concessão do provimento liminar, pois, como se demonstrou, a Convenção da Haia vem sendo objeto de interpretações flagrantemente equivocadas, fazendo com que a sua aplicação aos casos concretos acabe por contrariar o seu próprio objetivo e, acima de tudo, os fundamentos mais basilares da nossa Carta Maior.

Como se sabe, exige-se, para a concessão da liminar, a presença concomitante de dois elementos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o primeiro deles consistindo na plausibilidade da alegação do requerente e o segundo no risco da demora ou inconveniência do provimento jurisdicional. *In casu*, ambos os requisitos encontram-se presentes.

O *fumus boni iuris* restou plenamente comprovado, já que a aplicação equivocada dos artigos 1º, 7º, *caput*, 11, 12, 13 e 18 leva a graves



violações ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição), bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança (arts. 1º, III e 227 da Lei Maior).

Os artigos 7º, alínea "f" e 21 são inconstitucionais na medida em que violam o princípio republicano (art. 1º, *caput*, da CF), os princípios da impessoalidade e da moralidade (art. 37, *caput* da CF), além da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF).

Os artigos 3º e 15, por sua vez, são inconstitucionais por não preverem a necessidade de homologação das decisões produzidas no estrangeiro pelo E. STJ, como exige o art. 105, I, "i" da Constituição.

Por fim, os artigos 16 e 17 da Convenção violam, definitivamente, os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IIII), da separação de Poderes (art. 2º), a garantia da inafastabilidade do acesso à justiça e da coisa julgada (art. 5º, XXXV e XXXVI) e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF).

No que toca ao *periculum in mora*, pode-se facilmente notar a imperiosa necessidade de se obstar a produção dos efeitos dos dispositivos em debate, haja vista que qualquer decisão proferida com base nos mencionados artigos envolverá, invariavelmente, **os direitos fundamentais de crianças**, aos quais a Carta Maior atribuiu *absoluta prioridade*, e produzirá efeitos bastante intensos sobre a vida do menor, com risco, ainda, de causar **danos irreversíveis** à sua formação. Dada a relevância dos direitos envolvidos, não há dúvidas de que qualquer demanda envolvendo a aplicação dos dispositivos da Convenção deve ser imediatamente suspensa, sob pena de se colocar em risco, como já dito, o bem-estar e os direitos de crianças e adolescentes.



Diante de todo o exposto, requer-se a esse Pretório Excelso a concessão de medida cautelar que **suspenda a eficácia dos arts. 1º, "a"; 3º; 7º, caput e alínea "f"; 11; 12; 13, "b"; 15; 16; 17; 18 e 21, todos da Convenção da Haia em comento**, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 79/1999, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.413/ 2000, determinando-se a **imedlata suspensão de todas as ações em curso ou que vierem a ser propostas envolvendo a aplicação da Convenção**, até julgamento final da presente ADI.

Subsidiariamente, requer o postulante a **imedlata suspensão das ações de busca e apreensão que tenham sido ajuizadas pela União com base nos arts. 7º, "f" e 21 da Convenção**, ou que vierem a sê-lo, dada a sua flagrante ilegitimidade para pleitear em nome próprio direitos eminentemente privados, à luz dos princípios republicano e da impessoalidade.

Por fim, e sem prejuízo do requerido no parágrafo anterior, caso não se entenda pela suspensão de *todas* as ações de busca e apreensão em curso, o que se admite por amor ao debate, requer-se seja de plano atribuída **interpretação conforme: (i) aos arts. 1º, "a"; 7º, caput; 11; 12; 13, "b"; 16; 17; e 18 da Convenção**, para que sejam lidos e aplicados à luz dos arts. 1º, III, 5º, LIV e LV, e 227 da Constituição, decretando-se, por conseguinte, a impossibilidade de que sejam proferidas decisões liminares *inaudita altera parte* ou sentenças concessivas da busca e apreensão fundadas na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, sem prévia e ampla dilação probatória e exame psicossocial do menor; e **(ii) aos arts. 3º e 15 da Convenção**, para que sejam lidos e aplicados em conformidade com o art. 105, I, "i", da Carta Maior, na redação da EC nº 45/04, de modo a assegurar-se que a produção de quaisquer efeitos pertinentes a sentenças judiciais (ou decisões análogas) e demais decisões judiciais não definitivas (ou equiparáveis) estrangeiras fique condicionada à prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou à concessão do competente "exequatur".



X

CONCLUSÃO E PEDIDO FINAIS.

Isto posto, distribuída e autuada a presente ação direta, o DEMOCRATAS, respeitosamente, requer a essa Excelsa Corte que, após concedida a Medida Cautelar nos termos acima requeridos, sejam solicitadas informações aos Excelentíssimos Senhores Presidentes da República e do Congresso Nacional, na forma do artigo 6º da Lei nº 9.868/99, sendo citado o Advogado Geral da União e ouvido o Procurador Geral da República, e, ao final, seja julgada em caráter definitivo a presente ação, a fim de que declarada a Inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e do Decreto Presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que versam, respectivamente, sobre a ratificação e promulgação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em especial para que:

- (i) Seja atribuída aos seus **artigos 1º, 7º, caput, 11 e 18** interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que o retorno imediato do menor e a adoção de medidas de urgência só possam ser determinados após avalladas as peculiaridades do caso concreto, mediante prévio e robusto contraditório, de modo a se evitarem graves violações aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança (art. 1º, III e 227 da Constituição), e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da Constituição);
- (ii) Seja atribuída ao **artigo 12** interpretação conforme à Constituição, para que o melhor interesse da criança seja perseguido no caso concreto, a despeito da presunção temporal contida no referido dispositivo. Do contrário, ter-se-ão como desrespeitados os mesmos artigos 1º, III, 5º, LIV e LV e 227 da Carta Maior;



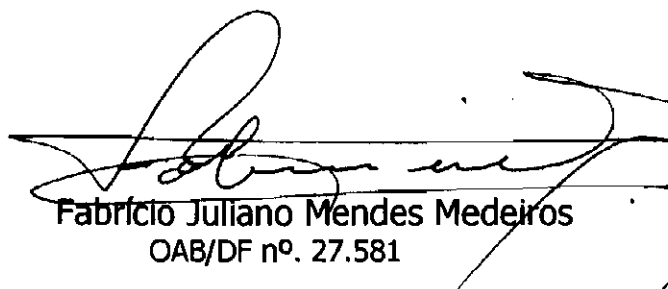
- (iii) Seja atribuída também ao **artigo 13, "b"**, interpretação conforme à Constituição, no sentido de conferir interpretação ampliativa, e não restritiva, às hipóteses possíveis de caracterizar perigo de ordem física ou psíquica ao menor ou uma situação intolerável, eis que o fim de tais exceções é tutelar os direitos da criança, sob pena de violação, também, aos mesmos artigos 1º, III, 5º, LIV e LV e 227 da Carta Maior;
- (iv) Seja proferida declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos **arts. 7º, alínea "f", e 21**, para que se reconheça que o ajuizamento de ações de busca e apreensão, ou de regulamentação de visitas, de forma direta, pela União, enquanto Autoridade Central, viola os princípios republicano, da impessoalidade e da moralidade;
- (v) Seja atribuída interpretação conforme à Constituição também aos **arts. 3º e 15**, no sentido de que a produção de quaisquer efeitos pertinentes a sentenças judiciais (ou decisões análogas) e demais decisões judiciais não definitivas (ou equiparáveis) estrangeiras fique condicionada à prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, ou à concessão do competente "exequatur", nos termos do art. 105, I, "i", da Constituição Federal;
- (vi) Seja atribuída interpretação conforme à Constituição ao **artigo 16**, para que seja analisado o mérito do direito de guarda quando isto for exigível para a garantia da tutela constitucional da criança e do adolescente, consubstanciada no princípio da proteção do melhor interesse da criança (artigos 1º, III e 227 da Constituição). Do contrário, além de evidentemente restar violado tal princípio, ter-se-á como desrespeitado o princípio do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV da Constituição).



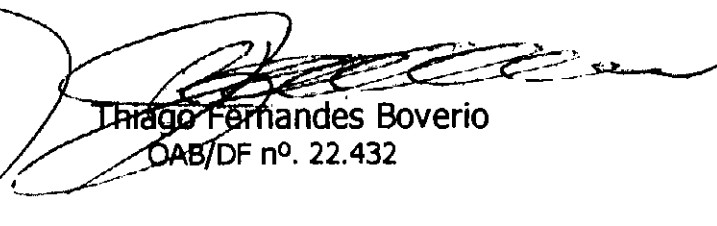
- (vii) Por fim, seja declarada a inconstitucionalidade do **artigo 17**, uma vez que o mesmo *(a)* desconsidera a proteção do melhor interesse da criança (artigos 1º, III e 227 da Constituição) e afasta o Judiciário de tal análise (artigo 5º, XXXV, da Constituição), quando afirma ser ineficaz a decisão brasileira sobre o direito de guarda; *(b)* viola o princípio da separação de Poderes, esvaziando a autoridade das decisões judiciais (art. 2º da Constituição); e *(c)* não observa a garantia da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da Constituição), sendo certo que, nesta hipótese, trata-se de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto.

Eis os termos em que pede **DEFERIMENTO**.

Brasília, 26 de maio de 2009.



Fabrício Juliano Mendes Medeiros
OAB/DF nº. 27.581



Thiago Fernandes Boverio
OAB/DF nº. 22.432

Anexos:

1. Procuração;
2. Íntegra do Decreto Legislativo nº 79/99;
3. Íntegra do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000.



Democratas25

A Força das Novas Ideias.

PROCURAÇÃO

O **DEMOCRATAS – DEM**, com registro definitivo no Cartório do 1º Ofício de Pessoas Jurídicas de Brasília sob o nº 00003143 do Livro A-05, em 18/04/2007, nos moldes do art. 10 da Lei 9.096/95, CNPJ 01.633.510/0001-69, com sede no 26º andar do Anexo I do Senado Federal, em Brasília, por seu Presidente, Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia, brasileiro, casado, Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, portador do CPF nº 005.900.487-83 e RG nº 12.581.564-7 IFP/RJ, com os poderes conferidos pelo Art. 66, alínea 'a' do Estatuto Partidário, por este instrumento de procuração constitui os advogados **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**, brasileiro, inscrito na OAB-DF sob o nº 27.581 e **THIAGO FERNANDES BOVERIO**, brasileiro, inscrito na OAB-DF sob nº 22.432, com os poderes da cláusula *ad judicium* e especiais, podendo desistir ou substabelecer, tudo em defesa dos interesses do Outorgante, especialmente para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, visando à declaração parcial de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e do Decreto Presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que versam, respectivamente, sobre a ratificação e promulgação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, e cujos arts. 1º, "a"; 3º; 7º, *caput* e alínea "f"; 11; 12; 13, "b"; 15; 16; 17; 18 e 21.

Brasília, 26 de maio de 2009.

DEPUTADO FEDERAL RODRIGO MAIA
Presidente Nacional

COMISSÃO EXECUTIVA NACIONAL

Edifício Senado Federal - Anexo I - 26º andar - Fones: (61) 3311-4305 / 3311-4307 - Fax: (61) 3224-1912
Brasília-DF - CEP 70.165-900 - Brasil - Site: www.democratas.org.br / E-mail: democratas25@democratas.org.br

Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação - Legislação Informatizada

Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente do Senado Federal, nos termos do art. 48, item 28, do Regimento Interno, promulgo o seguinte:

Decreto Legislativo nº 79, de 1999

Aprova o texto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com vistas à adesão pelo Governo brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. É aprovado o texto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com vistas à adesão pelo Governo brasileiro.

§ 1º Faz-se a reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial.

§ 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º. Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 15 de setembro de 1999
Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES
Presidente

Publicação:

- .. Diário do Senado Federal - 16/09/1999 , Página 24385 (Publicação)
- .. Diário da Câmara dos Deputados - 16/09/1999 , Página 42005 (Publicação)
- .. Diário Oficial da União - Seção 1 - Eletrônico - 16/09/1999 , Página 1 (Publicação)
- .. Diário do Senado Federal - 12/06/1999 , Página 0 (Publicação)



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 3.413, DE 14 DE ABRIL DE 2000.

Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999;

Considerando que o ato em tela entrou em vigor internacional em 1º de dezembro de 1983;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Adesão da referida Convenção em 19 de outubro de 1999, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 1º de janeiro de 2000;

DECRETA :

Art. 1º A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980, com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de abril de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Luiz Felipe Lampreia

Este texto não substitui o publicado no D.O. de 17.4.2000

Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

Os Estados signatários da presente Convenção,

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda;

Desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita;

Decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições:

Capítulo 1

Âmbito da Convenção

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- 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.

Artigo 2

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.

Artigo 3

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.

Artigo 4

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

Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

- a) o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;
- b) o "direito de visita" compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside.

Capítulo II

Autoridades Centrais

Artigo 6

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção.

Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

Artigo 7

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.

Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

Capítulo III Retorno da Criança Artigo 8

Qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda pode participar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência para assegurar o retorno da criança.

O pedido deve conter:

- a) informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança;
- b) caso possível, a data de nascimento da criança;
- c) os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança;
- d) todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

O pedido pode ser acompanhado ou complementado por:

- e) cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante;
- f) atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria;

g) qualquer outro documento considerado relevante.

Artigo 9

Quando a Autoridade Central que recebeu o pedido mencionado no Artigo 8 tiver razões para acreditar que a criança se encontra em outro Estado Contratante, deverá transmitir o pedido, diretamente e sem demora, à Autoridade Central desse Estado Contratante e disso informará a Autoridade Central requerente ou, se for caso, o próprio requerente.

Artigo 10

A Autoridade Central do Estado onde a criança se encontrar deverá tomar ou fazer com que se tomem todas as medidas apropriadas para assegurar a entrega voluntária da mesma.

Artigo 11

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

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

Artigo 12

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

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

Artigo 13

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

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

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

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

Artigo 14

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

Artigo 15

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

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.

Artigo 17

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

Artigo 18

As disposições deste Capítulo não limitam o poder das autoridades judiciais ou administrativas para ordenar o retorno da criança a qualquer momento.

Artigo 19

Qualquer decisão sobre o retorno da criança, tomada nos termos da presente Convenção, não afetam os fundamentos do direito de guarda.

Artigo 20

O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Capítulo IV Direito de Visita Artigo 21

O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança.

As Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito.

As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito.

Capítulo V
Disposições Gerais
Artigo 22

Nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja a sua denominação, poderá ser imposta para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos previstos na presente Convenção.

Artigo 23

Nenhuma legalização ou formalidade similar serão exigíveis no contexto da presente Convenção.

Artigo 24

Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês.

No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central.

Artigo 25

Os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residam.

Artigo 26

Cada Autoridade Central deverá arcar com os custos resultantes da aplicação da Convenção.

A Autoridade Central e os outros serviços públicos dos Estados Contratantes não deverão exigir o pagamento de custas pela apresentação de pedidos feitos nos termos da presente Convenção. Não poderão, em especial, exigir do requerente o pagamento de custos e despesas relacionadas ao processo ou, eventualmente, decorrentes da participação de advogado ou de consultor jurídico. No entanto, poderão exigir o pagamento das despesas ocasionadas pelo retorno da criança.

Todavia, qualquer Estado Contratante poderá, ao fazer a reserva prevista no Artigo 42, declarar que não se obriga ao pagamento dos encargos previstos no parágrafo anterior, referentes à participação de advogado ou de consultor jurídico ou ao pagamento dos custos judiciais, exceto se esses encargos puderem ser cobertos pelo seu sistema de assistência judiciária e jurídica.

Ao ordenar o retomo da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

Artigo 27

Quando for constatado que as condições exigidas pela presente Convenção não se encontram preenchidas ou que o pedido não tem fundamento, a Autoridade Central não será obrigada a recebê-lo. Nesse caso, a Autoridade Central informará de imediato o requerente ou, se for o caso, a Autoridade Central que haja remetido o pedido das suas razões.

Artigo 28

A Autoridade Central poderá exigir que o pedido seja acompanhado de uma autorização escrita dando-lhe poderes para agir em nome do requerente ou para nomear um representante habilitado a agir em seu nome.

Artigo 29

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

Artigo 30

Todo o pedido apresentado às autoridades centrais ou diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante nos termos da presente Convenção, bem como qualquer documento ou informação a ele anexado ou fornecido por uma Autoridade Central, deverá ser admissível para os tribunais ou para as autoridades administrativas dos Estados Contratantes.

Artigo 31

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais:

a) qualquer referência à residência habitual nesse Estado significa residência habitual numa unidade territorial desse Estado;

b) qualquer referência à lei do Estado de residência habitual corresponde à lei da unidade territorial onde a criança tenha a sua residência habitual.

Artigo 32

Com relação a um Estado que, em matéria de guarda de criança, possua dois ou vários sistemas de direito aplicáveis a diferentes categorias de pessoas, qualquer referência à lei desse Estado corresponderá a referência ao sistema legal definido pelo direito deste Estado.

Artigo 33

Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham as suas próprias regras de direito em matéria de guarda de crianças não será obrigado a aplicar a presente Convenção nos casos em que outro Estado com um sistema de direito unificado não esteja obrigado a aplicá-la.

Artigo 34

Nas matérias às quais se aplique a presente Convenção, esta prevalecerá sobre a Convenção de 5 de outubro de 1961 Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de menores, no caso dos Estados Partes a ambas Convenções. Por outro lado, a presente Convenção não impedirá que outro instrumento internacional em vigor entre o Estado de origem e o Estado requerido ou que o direito não convencional do Estado requerido sejam invocados para obter o retorno de uma criança que tenha sido ilicitamente transferida ou retida, ou para organizar o direito de visita.

Artigo 35

Nos Estados Contratantes, a presente Convenção aplica-se apenas às transfetícias ou às retenções ilícitas ocorridas após sua entrada em vigor nesses Estados.

Caso tenham sido feitas as declarações previstas nos Artigos 39 ou 40, a referência a um Estado Contratante feita no parágrafo anterior corresponderá a referência à unidade ou às unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

Artigo 36

Nenhuma disposição da presente Convenção impedirá que dois ou mais Estados Contratantes, com o objetivo de reduzir as restrições a que poderia estar sujeito o retorno da criança, estabeleçam entre si um acordo para derrogar as disposições que possam implicar tais restrições.

Capítulo VI Cláusulas Finais Artigo 37

A Convenção é aberta a assinatura dos Estados que eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado quando de sua 14ª sessão.

A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, de aceitação ou de aprovação serão depositados junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

A Convenção entrará em vigor, para o Estado aderente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de adesão.

A adesão apenas produzirá efeito nas relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que tenham declarado aceitar essa adesão. Esta declaração deverá ser igualmente feita por qualquer Estado membro que ratifique, aceite ou aprove a Convenção após tal adesão. Esta declaração será depositada junto ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, que, por via diplomática, enviará uma cópia autenticada a cada um dos Estados Contratantes.

A Convenção entrará em vigor entre o Estado aderente e o Estado que tenha declarado aceitar essa adesão no primeiro dia do terceiro mês após o depósito da declaração de aceitação.

Artigo 39

Qualquer Estado poderá, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, declarar que a Convenção será aplicável ao conjunto dos territórios que internacionalmente representa ou apenas a um ou mais deles. Essa declaração produzirá efeito no momento em que a Convenção entrar em vigor para esse Estado.

Tal declaração, bem como qualquer extensão posterior, será notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

Artigo 40

O Estado Contratante que compreenda duas ou mais unidades territoriais nas quais sejam aplicáveis diferentes sistemas de direito em relação às matérias reguladas pela presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, que a presente Convenção deverá aplicar-se a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou mais delas, e poderá, a qualquer momento, modificar essa declaração apresentando outra em substituição.

Tais declarações serão notificadas ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, e mencionando expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção será aplicável.

Artigo 41

Quando o Estado Contratante possua um sistema de Governo em virtude do qual os poderes executivo, judiciário e legislativo sejam partilhados entre autoridades centrais e outras autoridades desse Estado, a assinatura, ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou adesão a esta, ou a

declaração feita nos termos do Artigo 40, não trarão qualquer consequência quanto á partilha interna de poderes nesse Estado.

Artigo 42

Todo Estado Contratante poderá, até o momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou quando de uma declaração feita nos termos dos Artigos 39 ou 40, fazer uma ou ambas reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo. Nenhuma outra reserva será admitida.

Qualquer Estado poderá, a qualquer momento, retirar uma reserva que haja feito. A retirada deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos.

O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação mencionada no parágrafo anterior.

Artigo 43

A Convenção entrará em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão previsto nos Artigos 37º e 38º.

Em seguida, a Convenção entrará em vigor:

1) para cada Estado que a ratifique, aceite, aprove ou a ela adira posteriormente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2) Para os territórios ou unidades territoriais onde a Convenção tenha sido tornada extensiva nos termos dos Artigos 39º ou 40º, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação prevista nesses Artigos.

Artigo 44

A Convenção terá uma duração de cinco anos a partir da data da sua entrada em vigor, em conformidade com o primeiro parágrafo do Artigo 43, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, aceito, aprovado ou a ela aderido posteriormente.

A Convenção será tacitamente renovada de cinco em cinco anos, salvo denuncia.

A denuncia deverá ser notificada ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos pelo menos 6 meses antes de expirar-se o período de cinco anos. A denuncia poderá limitar-se a certos territórios ou unidades territoriais onde a Convenção vigore.

A denuncia só produzirá efeito em relação ao Estado que a tenha notificado. A Convenção permanecerá em vigor para os outros Estados Contratantes.

Artigo 45

O Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos notificará os membros da Conferência, bem como os Estados que a ela tenham aderido em conformidade com as disposições contidas no Artigo 38º:

1) das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 37;

2) das adesões referidas no Artigo 38;

3) da data em que a Convenção entrará em vigor, de acordo com o Artigo 43;

4) das extensões referidas no Artigo 39;

5) das declarações mencionadas nos Artigos 38 e 40;

6) das reservas previstas nos Artigos 24 e 26, terceiro parágrafo, e das retiradas de reservas previstas no Artigo 42;

7) das denúncias referidas no Artigo 44.

Em fê do que, os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, em 25 de outubro de 1980, em francês e em inglês, sendo ambos os textos igualmente originais, num único exemplar, que será depositado nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos e do qual será remetida, por via diplomática, uma cópia certificada conforme a cada um dos Estados Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado à data da sua 14ª Sessão.