



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

FACULDADE DE DIREITO

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA

ALINE MARIA FERNANDES VENDRUSCOLO

Brasília – DF

2011

ALINE MARIA FERNANDES VENDRUSCOLO

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília– UniCEUB. Orientador: Prof.Vitor
Dias Silva.

Brasília – DF

2011

AGRADECIMENTOS

À Deus, ao meus pais: Maria Luiza Fernandes Vendruscolo e Cláudio Vendruscolo, aos queridos irmãos: Bruno e Diego e a todos os outros familiares pelo apoio e auxílio para que eu pudesse concluir esta importante etapa da minha vida acadêmica.

Em especial agradecer o presente da querida Vó Eloá, que ao decorrer deste trabalho, pintou um lindo quadro com a imagem da Deusa da Justiça

Aos queridos Mestres: Inês Porto, Milton Toledo e Álvaro Ciarlini.

Ao querido orientador Vitor Dias, por ter me auxiliado no desenvolvimento do presente trabalho.

Aos amigos João Daniel Tisi Ribeiro e Camila Stivelberg, por compartilharem suas experiências e informações e pelo incentivo dado a esta pesquisa.

À Talitha Lira, pela ajuda com o material de pesquisa.

À todos que foram meus professores, amigos, colegas e funcionários da UniCEUB

À Mandy Dobson.

“Se todos devem sofrer para pagar pela harmonia eterna, o que têm as crianças com isso, diga-me, por favor. Fica além de toda compreensão porque elas devam sofrer, e porque devam pagar pela harmonia... Entendo a solidariedade em retribuição, mas não pode haver esta solidariedade com crianças. E se for realmente verdade que elas devam participar na responsabilidade pelo crime de seus pais, tal verdade não é deste mundo e fica além de minha compreensão... Eu não quero mais sofrimento. E se os sofrimentos das crianças são destinados para completar a soma de sofrimentos necessários para pagar pela verdade, então protesto que a verdade não vale este preço.”

(Ivan para Alyosha em FYODOR MIKHAILOVICH DOSTOEVSKY “Os Irmãos Karamazov” Livro V, capítulo 4.)

RESUMO

Este trabalho analisa e descreve a aplicação no Brasil da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que tem como objetivo a solução do problema do unilateral e ilícito deslocamento transnacional de crianças, em violação a direito de guarda existente no Estado de residência habitual dos menores. Estuda-se, também, o caso “Sean Goldman”, um conflito legal envolvendo a guarda de um garoto nascido no ano 2000 em Nova Jérsei, Estados Unidos, filho de mãe brasileira e pai norte-americano, trazido pela Convenção. Tratar-se-á do princípio do melhor interesse da criança na visão brasileira e norte-americana, bem como o seu atendimento pelo Estado brasileiro, ao dar cumprimento a um pedido de cooperação jurídica internacional com base na Convenção da Haia de 1980.

Palavras Chave: Direito Internacional Privado – Sequestro Internacional de Crianças – Princípio do Melhor Interesse

ABSTRACT

This paper analyzes the application of the 1980's Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Brazil. The Convention provides an expeditious method to return a child internationally abducted from one member nation to another. It was drafted to ensure the prompt return of children who have been abducted from their country of habitual residence or wrongfully retained in a contracting state not their country of habitual residence. This paper will address the Sean Goldman case, since it refers to a legal dispute involving custody of a boy who was born of a Brazilian mother and an American father. It will be discussed the principle of the child's best interest under the Brazilian and American point of view and how the Brazilian Government has complied it through the handover of the child to the American father, in accordance with the international diploma already mentioned.

TABELA

Tabela 1 – Casamento entre brasileiros(as) e estrangeiros(as).....33

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA American Bar Association – Associação da Ordem dos Advogados Americana

ACB Autoridade Central Brasileira

AIDS Acquired Immunodeficiency Syndrome (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA)

BCA Brazilian Central Authority

CC Código Civil

CDC Convenção sobre os Direitos da Criança

CF Constituição da República Federativa do Brasil

CIDC Convenção Interamericana de Direitos Humanos

CIDIP Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado

CRC Children's Rights Council

CPC Código de Processo Civil

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente

EUA Estados Unidos da América

LBP Left Behind Parent

ONU	Organização das Nações Unidas
TP	Taking Parents or Person
TPI	Tribunal Penal Internacional
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
USCA	U.S Central Authority

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O Direito Internacional, as relações transnacionais e o direito interno estatal e o Direito Comparado	14
1.1. Natureza do Sistema Internacional e Fundamento de Validade do Direito Internacional e o Instrumento das Normas Internacionais	16
1.2. Duas correntes: monismo e dualismo	20
1.2.1. O Brasil e o Direito Internacional Público e Privado e sua moderna noção de “Direito Transnacional”	25
2. O sequestro internacional de crianças	29
2.1. Natureza do Problema.....	33
2.2. Proteção à Criança quando o retorno da mesma ao país de residência pode acarretar dano	37
2.3. Proteção da Criança no Brasil e nos Estados Unidos	44
2.3.1 O ECA e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.....	57
2.3.2. Princípio do melhor interesse da criança.....	59
3. Direito de Guarda	69
3.1. Direito Convencional de Guarda	75
3.1.2. A Residência Habitual	76
3.1.3. Manifestação da Criança.....	77
3.2. O caso “Sean Goldman”	78
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89
REFERÊNCIAS ONLINE	92

INTRODUÇÃO

Ao abrir espaço para mais casamentos entre pessoas de diversas nacionalidades, a globalização vem aumentando o número de disputas familiares internacionais envolvendo crianças, como o caso do garoto Sean Goldman. Segundo dados recentes do Departamento de Estado, foram registrados, em 2008, 1.082 casos envolvendo 1.615 crianças sequestradas dos Estados Unidos por um dos pais, um aumento de 36% em relação aos 794 casos de 2007. Em 2006, foram 642 casos.

Em um levantamento informal para verificar se a tendência é global, o governo americano constatou que o aumento no número de sequestros variou de 20% a 88% nos 13 países que responderam à consulta. A França é provavelmente o país de maior incidência de deslocamento de crianças, pela atração artística, turística e romântica que exerce.

O sequestro de filhos se dá quando um dos pais leva o filho ou a filha para fora do país, e, à revelia do outro genitor, decide não devolvê-los.

“Em um mundo incrivelmente conectado, americanas e americanos estão cada vez mais encontrando seus parceiros em outras partes do planeta. Em casos extremos, os parceiros estrangeiros removem filhos desse país”¹, afirmou recentemente no Congresso dos EUA o senador republicano Rush Holt, durante uma audiência sobre o tema.

Nesse contexto, visando à proteção dos interesses de menores envolvidos em situações transnacionais ilegais, foram criadas, pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, nas últimas duas décadas do século passado, três importantes convenções referentes aos direitos da criança, entre elas a Convenção

¹ SEQUESTRO internacional de filhos cresce com globalização. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/sequestro+internacional+de+filhos+cresce+com+globalizacao/n1237592998554.html>>. Acesso em: 17 de nov. 2010.

da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980.

Esta monografia concentra-se na aplicação do princípio do melhor interesse da criança no caso de “Sequestro” internacional de crianças na versão em português da Convenção da Haia, tal qual internalizada no sistema jurídico brasileiro ocasionado, de regra, por iniciativa de um dos pais do menor trasladado.

A metodologia utilizada é a doutrinária, virtual e cita-se no último capítulo um caso concreto. A terminologia “Sequestro”, adotada no Brasil, parece inadequada, trazendo dificuldades na descrição da qualidade do pai que efetuou a retirada ou retenção ilícita do menor e, principalmente, por remeter à concepção penal do Sequestro, qual seja a de privação da liberdade da vítima.²

Embora o Brasil tenha adotado a tradução da Convenção da Haia de 1980 para “Sequestro internacional de crianças”, não se trata precisamente do Sequestro tal como o conhecemos no Direito Penal. Trata-se, isto sim, de (a) um deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou (b) a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. Nos países de língua inglesa utilizou-se o termo “abduction”, que significa o traslado ilícito de uma pessoa (no caso, uma criança) para outro país mediante o uso de força ou fraude. A versão francesa da Convenção adota o termo “enlèvement”, que significa retirada, remoção. Em Portugal o termo foi traduzido para “raptó”, o que tem cabimento na legislação portuguesa, mas não na brasileira, onde o significado é também diverso. No Brasil, curiosamente, optou-se pela utilização do termo “Sequestro” o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno (DOLINGER, 2003, p. 236)

O trabalho monográfico tem como objetivo estudar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança pelo Estado brasileiro ao dar cumprimento a um pedido de cooperação jurídica internacional com base na Convenção da Haia de 1980, bem

² Código Penal Brasileiro: “Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado. Pena: Reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

como discorrer sobre Direito de Guarda, Direito Convencional de Guarda, Residência Habitual e Proteção Integral do Brasil e dos Estados Unidos.

A pesquisa pretende responder ao seguinte problema: em que medida o princípio do melhor interesse da criança tem sido atendido pelo Estado brasileiro ao dar cumprimento a um pedido de cooperação jurídica internacional com base na Convenção da Haia de 1980?

O texto foi dividido em três capítulos: no primeiro capítulo compara-se a relação entre o Direito Internacional, as relações transnacionais e o direito interno estatal e o direito comparado, abordando a teoria brasileira e norte-americana. No segundo capítulo, é abordada a origem à Convenção, seu objeto, sua denominação no Brasil e em outros Estados-Membros, natureza do problema do sequestro e comparação da Proteção Integral no Brasil e nos Estados Unidos, bem como o Princípio do Melhor Interesse da Criança no Brasil. O terceiro e último capítulo, trata do Direito de Guarda, cita o Decreto Nº 3.413, de 14 abril de 2000³ da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional, falará resumidamente do Direito de guarda, de visita, entre outros e discorre sobre a aplicação da Convenção da Haia, Residência Habitual da Criança, e faz referência ao caso Sean Goldman.

1. O DIREITO INTERNACIONAL, AS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS E O DIREITO INTERNO ESTATAL E O DIREITO COMPARADO

A Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças³, promulgada pelo Brasil em 14 de abril de 2000, através do Decreto Presidencial nº 3.413, caracteriza-se como “um acordo formal de vontades concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes e destinado a produzir efeitos jurídicos para as partes que a ele aderiram” (MAZZUOLI, 2007, p. 139). Essa é, na verdade, a definição teórica de tratado internacional, fonte mais concreta pela qual o Direito Internacional se faz representar nas relações internacionais hodiernas.

Por pertencer, sob o aspecto formal, ao conjunto das normas primárias do Direito Internacional, a citada Convenção possui disciplinamento um tanto quanto diverso daquele dado às normas emanadas diretamente de uma autoridade estatal para fazer efeito entre seus súditos, ou seja, as normas de direito interno de cada Estado. Diante disso, é importante que, antes de dar início ao estudo do objeto desta monografia, apresentar breve contextualização sobre a natureza das relações transnacionais, uma vez que a cooperação interjurisdicional - afeta ao Direito Internacional Privado - alcança litígios transnacionais de direito privado e de direito público e a dinâmica entre elas, as normas de Direito das Gentes e das normas internas de cada Estado.⁴

Essa análise é relevante, pois, a Convenção em estudo, concluída na cidade da Haia, em 25 de outubro de 1980 e aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil

³ DECRETO 3413, de 14 de abril de 2000. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_23_3_2.php> Acesso em: 12 abr. 2010.

⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Código modelo de cooperação interjurisdicional para iberoamérica*. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/codigo-modelo-de-cooperacao-interjurisdicional-para-iberoamerica>> Acesso em: 10 abr. 2011.

por meio do Decreto Legislativo nº79, de 15 de setembro de 1999⁵, tem origem em um sistema diverso daquele encontrado dentro das soberanias estatais. Esse sistema é composto, principalmente, por sujeitos dotados de soberania que entabulam relações sob um enfoque essencialmente coordenativo, ao contrário da noção de subordinação existente dentro dessas unidades, onde prepondera a noção de verticalidade.

Dessas concepções surgem diversas problemáticas que não podem passar ao largo do estudo deste trabalho para uma compreensão adequada sobre o escopo da aplicabilidade da Convenção da Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças e a dinâmica entre esse normativo e as normas de direito interno dos Estados. Assim, neste primeiro capítulo, a análise se dará essencialmente sobre o enfoque da Convenção enquanto tratado internacional, ou seja, sobre sua forma e formação, uma vez que, no que concerne aos aspectos materiais do referido Tratado – a parte substantiva; que contém o articulado – esses recaem na seara de estudo do Direito Internacional Privado, cabendo a interpretação do conflito de normas ser resolvido, usualmente, pelas normas de direito interno dos Estados. No caso do Brasil, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro⁶.

O Direito Comparado veio para oferecer alternativas ao legislador, como afirma Rechsteiner, por exemplo:

Quando se trata de reformar a legislação doméstica, o mesmo direito comparado revela ainda o padrão internacional das soluções adotadas nos diferentes sistemas jurídicos, podendo assim contribuir para a evolução do direito interno. O estudo do direito comparado promove, outrossim, a uniformização das leis; serve à fiscalização da aplicação do direito já uniformizado pelos tribunais e, finalmente, abre para o jurista uma visão que transcende as fronteiras do Estado ao qual pertence (RECHSTEINER, 2007, p.45).

⁵ DECRETO LEGISLATIVO Nº79, de 15 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecretLegisl79.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2011

⁶ DECRETO-LEI Nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 12 abr. 2011.

1.1. Natureza do Sistema Internacional e fundamento de validade do Direito Internacional e o instrumento das normas Internacionais.

A escolha da expressão sistema internacional não é sem propósito: dela emana a noção de *participação*, através da qual seus membros apresentam vínculos em tudo diversos daqueles existentes em uma comunidade, onde aqueles que ali estão *pertencem* a ela. Enquanto nesta última transmite-se a idéia de *convergência*, a expressão sociedade empresta a noção de *divergência* fazendo-se, portanto, necessária a permanente construção de consensos, acordos, costumes e normas para a regulação dos conflitos.

Em virtude dessa natureza divergente e o caráter essencialmente anárquico das relações transnacionais, os Estados precisam se valer de regras e princípios específicos que transmitam legitimidade e obrigatoriedade em seus acordos com os demais sujeitos de direito internacional, conforme se analisa mais abaixo. Esses sujeitos, compreendidos pelos Estados, as Organizações Internacionais Intergovernamentais e, em casos particulares, os próprios indivíduos, são os elementos que possuem capacidade jurídica para contrair direitos e obrigações na ordem internacional. Diferenciam-se, pois, dos atores internacionais, expressão de sentido mais amplo, e que engloba todos os demais elementos que participam da seara internacional, tais como, as organizações internacionais não-governamentais, por exemplo.

Outra particularidade importante das relações transnacionais é a ausência de uma entidade com jurisdição geral e obrigatória para fazer valer o direito violado entre as partes. Ou seja, a sociedade internacional carece de um tribunal ou outro foro aos quais os sujeitos de direito internacional estejam obrigados a se reportar para solucionar suas contendas. Toda e qualquer vinculação estatal, seja à jurisdição de um tribunal, seja a uma norma emanada de um tratado, por exemplo, deve passar pelo aceite expresso ou tácito do Estado⁷. Essa concepção sofre redução importante no seu alcance conceitual quando diante das normas

⁷ Exemplo emblemático é a Cláusula Facultativa de Jurisdição Obrigatória, integrante do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

imperativas de direito internacional geral – as normas de *jus cogens*, que veremos adiante.

Traçadas essas considerações, que ressaltam o caráter adverso das relações transnacionais, é preciso arguir sobre como as normas de Direito das Gentes preponderam em tal cenário. Para a doutrina internacionalista, o desvendar dessa questão é teoricamente simples. Para autores como Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, Celso D. Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel, Cachapuz de Medeiros, Mirtô Fraga e Valério de Oliveira Mazzuoli, como nos ensina Mazzuoli, as razões jurídicas capazes de explicar o porquê da aceitação e obrigatoriedade do Direito Internacional por parte da sociedade internacional emanam “do entendimento de que [esse] direito [...] se baseia em princípios jurídicos alçados a um patamar superior ao da vontade dos Estados, mas sem que se deixe totalmente de lado a vontade desses mesmos Estados” (MAZZUOLI, 2007, p. 79). Trata-se de uma teoria objetivista temperada e que presta homenagem à regra *pacta sunt servanda*, ou seja, o tratado faz leis entre as partes e deve ser cumprido de boa-fé pelos contratantes.

Ao lado da teoria objetivista temperada, a doutrina elenca outras duas correntes que propugnam explicar o fundamento jurídico das normas de Direito Internacional: a) a doutrina voluntarista ou subjetiva; e b) a doutrina objetivista.

a) **Doutrina voluntarista ou subjetiva:** para os adeptos dessa corrente, o fundamento do Direito Internacional decorre da vontade, do consentimento, ou ainda, do arbítrio comum dos Estados. A crítica que se faz a essa corrente doutrinal baseia-se no questionamento sobre como um novo Estado, que venha a surgir na sociedade internacional, pode estar vinculado às regras costumeiras e mesmo a tratados, sendo que da elaboração deles não tomou parte com o seu consentimento. Além disso, por essa teoria, um Estado poderia a seu bel-prazer se desvincular de uma obrigação internacional sem qualquer tipo de responsabilidade;

b) **Doutrina objetivista:** essa corrente, vertente mais radical da teoria objetivista temperada, explicada algumas linhas acima, leciona que o fundamento de obrigatoriedade do Direito Internacional, nas palavras de Oliveira Mazzuoli

(2007, p. 76), advém “da existência de princípios e normas *superiores* aos do ordenamento jurídico estatal”. Essa concepção engloba a noção de sobrevivência dos Estados na ordem internacional. Assim, o fundamento das normas internacionais está além da vontade dos Estados. Esse fundamento ancora-se na realidade internacional, nos fatos sociais, enfim, nos valores objetivos preexistentes. A crítica reside justamente no radicalismo aqui exposto que simplesmente elimina por completo a validade do voluntarismo Estatal dentro da sociedade internacional.

A abordagem que cada Estado adota em relação ao Direito Internacional leva em consideração fatores históricos, culturais e sociológicos. Um Estado com passado colonial certamente será mais propenso a dar suporte à legitimidade das normas internacionais que garantam a efetividade dos princípios da não intervenção e da autodeterminação dos povos, por exemplo. Além disso, é muito comum notar a variação da postura dos Estados conforme o contexto e o caso concreto apresentado. Assim, um Estado contrário à intervenção nos assuntos internos de outro poderá vir apoiar uma coalizão de forças contra este Estado em casos em que o mesmo haja levado adiante políticas que incorram em grave desrespeito aos direitos humanos, como, por exemplo, o genocídio.

A variação da abordagem dos Estados, em relação ao Direito Internacional, ocorre, ainda, em situações não tão óbvias e que requerem análises mais sofisticadas. Essa variação é muito freqüente em relação às políticas de comércio internacional, entabuladas pelas nações, as quais por inúmeras vezes prestam homenagem a critérios essencialmente ideológicos. A codificação do Direito Internacional é, em suma, o fenômeno pelo qual a sociedade internacional se mobiliza para positivizar os costumes e princípios do Direito Internacional, visando dar maior previsibilidade às relações entre os sujeitos de Direito das Gentes.

É a partir desse esforço de codificação que surge em 1969⁸, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Conhecida como “lei dos tratados”, “código dos tratados” ou ainda “tratado dos tratados”, essa Convenção é um dos documentos

⁸ Promulgada no Brasil por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

mais importantes já concluídos na história do Direito Internacional Público. A regra *pacta sunt servanda* encontra-se positivada neste tratado no artigo 26, que estipula: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. A noção da prevalência das normas de Direito Internacional sobre as de Direito Interno encontra-se sedimentada no artigo 27 da Convenção: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Também se subentende, conforme endossa a doutrina internacionalista, que uma lei de direito interno posterior não deve contrariar as disposições de um tratado em vigor, muito menos os princípios e normas de *jus cogens*.

Em relação a essas normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*) importa afirmar que são normas que se sobrepõem à autonomia da vontade dos Estados e não podem ser derogadas quer por tratados, quer por costumes ou por princípios gerais de Direito Internacional (MAZZUOLI, 2007, p.117). A título de exemplificação, e o rol aqui apresentado não se pretende exaustivo, constituem normas internacionais de *jus cogens*: o princípio da autodeterminação dos povos, a proibição da guerra de agressão, do genocídio, da escravidão e da discriminação racial. Assim, qualquer tratado ou norma de direito interno que viole esses postulados, deve ser considerado nulo de pleno direito. Nesse espírito, dispõe o art.53 da Convenção de Viena de 1969:

Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só poder ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Ademais, as normas imperativas de direito internacional geral que venham a existir e que eventualmente entrem em conflito com um tratado já existente, devem prevalecer sobre este que será considerado nulo e se extinguirá, conforme determina o art. 64 da citada Convenção de Viena. O fundamento de legitimidade e validade das normas de *jus cogens*, portanto, encontra-se alicerçado em sua inderrogabilidade. Em suma, essas normas são, basicamente, os fundamentos da

ordem pública internacional aos quais os Estados são compelidos a respeitarem em favor de uma previsibilidade e ordem mínimas nas relações transnacionais.

1.2. Duas correntes: monismo e dualismo

Para uma análise pertinente e adequada deste tópico, convém elucidar como se dá o conflito entre as regras de Direito Internacional e as de Direito Interno. Esse é um dos problemas mais delicados e controvertidos, uma vez que o fundamento atribuído ao Direito Interno influi decisivamente na posição eventualmente adotada. Para facilitar a compreensão das abordagens existentes sobre o tema, a doutrina delimita duas grandes correntes: *a)* a teoria dualista; e *b)* a teoria monista.

Assim, a teoria dualista prescreve serem a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dois universos independentes, estanques. Ou seja, os dois sistemas se constituiriam em círculos meramente contíguos, que não se interceptam. Para seus defensores:

[...] o direito internacional e o direito interno são dois sistemas distintos, dois sistemas independentes e separados, que não se confundem. [...] Num caso se trata de relações entre Estados, enquanto no outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos (SILVA e ACCIOLY, 2002, p. 64).

Ademais, os teóricos defensores da corrente dualista diferenciam o fundamento de validade que obriga às partes na ordem internacional daqueles que obrigam aos indivíduos no interior de um Estado. Para eles, conforme já elucidado acima, o Direito Internacional emana da vontade soberana de um conjunto de Estados, ao passo em que, no âmbito interno, as normas de Direito Interno são impostas verticalmente, pelo Estado na sua condição de legislador, obrigando todos os súditos no interior de suas fronteiras. Portanto, para obrigar aos cidadãos, continuam esses teóricos, a norma de Direito Internacional teria de passar por uma transformação, ou seja, ser internalizada através de um rito legislativo próprio, transformando-se em direito interno.

Por outro lado, para os defensores da teoria monista, a vontade dos Estados não é um fim, mas apenas um meio; um instrumento. Esses teóricos preconizam a

existência de uma norma superior. Accioly assim delimita esse entendimento: “[...] em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais” (SILVA e ACCIOLY, 2002, p. 65). Portanto, os monistas aceitam a tese fundamental de que “o direito é um só” (Idem).

Complementando os doutrinadores já citados, o professor Valério de Oliveira Mazzuoli (2007, p. 58) explica:

O monismo tem como ponto de partida não a dualidade, mas a unidade (ou unicidade) do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. O Direito Interno e o Direito Internacional são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico.

Ademais, em relação à validade e vinculação das normas de Direito Internacional no âmbito interno, os monistas entendem que elas se aplicam diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer processo constitucional de incorporação, adoção ou transformação das normas internacionais, encartadas em tratados ou outros instrumentos formais de Direito Internacional. Para os monistas, as normas internacionais estão aptas, por natureza, a disciplinar quaisquer relações entre os indivíduos. No entanto, para esses mesmos teóricos, o mesmo não se aplica às normas internas em relação aos fatos internacionais. O Direito Interno, portanto, retiraria seu fundamento de validade do Direito Internacional.

Essa tese da incorporação automática encontra-se albergada nos ordenamentos jurídicos de países como a França, a Bélgica e a Holanda. Ou seja, nas palavras de Mazzuoli (2007, p. 59), “os compromissos exteriores assumidos pelo Estado passam a ter aplicação imediata no ordenamento interno do país pactuante”. Tal não é verdadeiro enquanto sob a égide da teoria dualista, haja vista que para surtir efeitos, a norma internacional deve ser recepcionada pelo ordenamento interno por meio de um processo legislativo especial.

A primazia das normas internacionais sobre o ordenamento jurídico interno dos Estados já foi objeto de apreciação por parte da Corte Permanente de Justiça

Internacional. Em parecer de 1930, ela declarou: “É princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado”. Esse entendimento foi consagrado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 27, citado acima, mas que, em virtude de sua relevância, tornamos a transcrever: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

O sistema jurídico brasileiro encara as normas de Direito Internacional sob o enfoque dualista moderado. Apesar de a Constituição Federal ser silente quanto a essa temática, o Supremo Tribunal Federal tem exigido, após a aprovação pelo Congresso Nacional e a respectiva troca dos instrumentos de ratificação, seja o tratado internacional promulgado através de um decreto de execução presidencial. Dessa forma, ao exigir outras providências legislativas internas, além do aceite internacional do tratado, o STF assume a posição dualista moderada, haja vista que a Suprema Corte distingue os dois sistemas jurídicos (um externo e outro interno).

O Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁹, com reservas aos artigos 25 e 66 do citado normativo. O artigo 25 preconiza a possibilidade de aplicação provisória do tratado, enquanto não entrar em vigor, caso os Estados pactuantes assim acordarem ou se o tratado assim o prever. O Poder Legislativo se manifestou contrário a esse dispositivo haja vista que, sob a égide da Constituição Federal, seria impossível as disposições de um tratado vigorarem sem o *referendum* do Congresso Nacional. O artigo 66, por sua vez, permite que qualquer parte signatária de um tratado possa submeter às controvérsias em relação à interpretação ou aplicação de um dado tratado à Corte Internacional de Justiça, ou outras instâncias internacionais previstas da Convenção.

Ante o exposto, é importante mencionar o tratamento constitucionalmente assegurado às normas sobre direitos humanos. A CF, no § 3º do art. 5º, na redação

⁹ DECRETO Nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009. Disponível em: <www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/2009/decreto-7030-14-dezembro-2009-597745-publicacaooriginal-120532-pe.html> Acesso em 12 de abr. 2011.

dada pela Emenda Constitucional nº45¹⁰, de 2004, estabelece que “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”. Assim, essas normas, obedecido o rito estabelecido, passam a gozar de *status* constitucional, posicionando-se no mesmo plano hierárquico das demais normas constitucionais.

Em relação ao disposto, lecionam os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (PAULO V; ALEXANDRINO, M., 2008, p. 104):

Significa dizer que seus termos deverão ser respeitados por toda a legislação infraconstitucional superveniente, sob pena de inconstitucionalidade; além disso, somente poderão ser modificados segundo o procedimento legislativo rígido [...] observada, ainda, a limitação estabelecida pelo art. 60, § 4º, da Lei Maior (cláusulas pétreas).

Todavia, mesmo recebendo o *status* de norma constitucional, o sistema jurídico brasileiro permite que as normas do tratado, devidamente internalizadas, possam sofrer alterações e inclusive serem revogadas. Ou seja, podem ulteriormente serem declaradas inconstitucionais caso ofendam os valores constitucionais gravados como cláusulas pétreas, nos termos do § 4º do art. 60 da CF.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 também acresceu um § 4º ao artigo 5º da Carta Magna, com a seguinte redação: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Essa disposição é, na realidade, um abrandamento da noção de soberania do Estado – um dos postulados do Direito Internacional moderno cuja origem remonta aos tratados que possibilitaram a Paz de Westfália, em 1648, e que colocaram um fim à Guerra dos Trinta Anos travada entre os Reinos Católicos e os Reinos Protestantes, situação em que se reconheceu e se delimitou as noções de soberania estatal e Estado nação.

¹⁰ EMENDA COSNTITUCIONAL Nº 45, de 30 de dezembro de 200. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em 12 de abr. 2011.

O TPI tem competência para julgar, em caráter complementar às jurisdições dos Estados signatários, os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão de um país contra o outro. Como dito, essa competência da Corte Internacional não se sobrepõe à jurisdição penal dos Estados soberanos. Assim, o TPI, estabelecido pelo Estatuto de Roma, “destina-se a intervir somente nas situações gravíssimas, em que o Estado soberano se mostre incapaz ou sem disposição política para processar os crimes apontados no referido estatuto” (PAULO V; ALEXANDRINO, M., 2008, p. 105).

Apesar das diversas controvérsias suscitadas em torno da inconstitucionalidade de algumas das disposições do Tratado de Roma, dentre as quais a previsão de pena de prisão perpétua (art. 77), o Brasil assinou o estatuto em 07 de fevereiro de 2000, tendo sua aprovação congressional consagrada pelo Decreto Legislativo nº112, de 06 de junho de 2002. Por sua vez, o Presidente da República promulgou o texto internacional através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, e a publicação no Diário Oficial da União deu-se um dia depois, quando se iniciou sua vigência interna.

Em relação ao processo de incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico interno, importa mencionar o inciso VIII do art. 84 da CF, que estabelece ser competência privativa do Presente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Após a celebração do tratado, é competência privativa do Congresso a sua aprovação, levada a cabo por meio da edição de um decreto legislativo (art. 49, I, da CF). O decreto legislativo, cuja aprovação congressional exige maioria simples dos votos dos membros de cada casa (Senado Federal e Câmara dos Deputados), não está sujeito ao veto ou sanção do Presidente. Finalizando o processo, e para que tenha eficácia interna, é necessário que seja dada publicidade à norma que está sendo internalizada, realizada através de um decreto do Presidente da República. É esse decreto que promulga o tratado.

À exceção dos tratados sobre direitos humanos que, conforme já explicado são submetidos ao rito das emendas constitucionais e, após isso, são incorporados com *status* hierárquico de norma constitucional, os demais tratados que venham a

ser promulgados são incorporados ao ordenamento interno com *status* de lei ordinária federal. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal ante ao reiterado silêncio da Carta Magna nesse mister. É essa a situação da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Isso significa que essas normas podem ser ulteriormente ter sua aplicação afastada pela edição de uma lei ordinária – incluindo medidas provisórias -; e podem ser objeto de controle de constitucionalidade perante o nosso Poder Judiciário no âmbito do controle abstrato ou do controle incidental¹¹.

1.2.1. O Brasil e o Direito Internacional Público e Privado e sua moderna noção de Direito Transnacional

Para Hildebrando Accioly (2008, p.7), o Direito Internacional Público ou Direito das Gentes “é o conjunto de princípios ou regras destinados a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos.

O direito internacional público regula a convivência entre as soberanias e os entes internacionais (regula relações jurídicas transnacionais), enquanto o privado regula os conflitos de leis no espaço. O direito internacional privado entrega ao aplicador da lei a legislação nacional de regência.

Há dupla adjetivação – o problema da denominação “público” é que a expressão é redundante (quando se dá o segundo adjetivo, é porque o primeiro não foi suficiente para caracterizar – todo direito internacional é público, ainda que tenha como objeto relações privadas). Direito Internacional só existe um: Direito Internacional Público. Então, pode-se dizer com tranqüilidade: Direito Internacional.

¹¹ Em relação a isso, ver a elucidativa ementa da ADIMC 1480/DF, rel. Min. Celso de Mello, 04/09/1997, que trata dos tratados internacionais comuns, e não dos que sejam aprovados na forma do § 3º do art. 5º da CF. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742038/medida-cautelar-na-a-io-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1480-df-stf>> Acesso em: 9 abr. 2011. E ainda: Constituição Federativa do Brasil de 1988: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

No caso do direito internacional privado, o direito, na realidade, é direito interno e público.

A diferença está no “internacional”. Não é o “público” ou “privado” que vai fazer a diferença. “Direito internacional” já encerra a natureza da disciplina “Direito Internacional Público”.

“O direito Internacional privado é ramo do direito público interno que regula o conflito de leis no espaço”.¹²

Hans Kelsen já entendia que os grandes princípios do Direito Internacional Privado emanam do Direito Internacional Público, como a aplicação das leis de outros Estados, a vedação ao questionamento de validade de atos praticados por outros Estados dentro de sua jurisdição e o reconhecimento da validade dos direitos adquiridos no estrangeiro sob a égide da lei local. (DOLINGER, 2008 p.11.)

“Clóvis Beviláqua e Rodrigo Otávio consideram o Direito Internacional Privado como disciplina autônoma” (DOLINGER, 2008, p.12).

Há várias outras definições, de acordo com os diferentes autores. Partindo, porém, da definição supra, definimos a ciência do Direito Internacional Público como o conjunto de princípios e teorias, que inspiram e orientam a elaboração das normas internacionais, destinadas a reger os direitos e deveres dos Estados e outros organismos análogos resultando em princípios gerais para as relações dos indivíduos.

Não existe dependência do Direito Internacional Privado quanto ao Direito Internacional Público, tendo surgido primeiro o Direito Internacional Privado nas relações entre cidades da Itália no século XIV. E mesmo anteriormente já eram formuladas as regras precisas e técnicas que os Tribunais aplicam até hoje para solucionar os conflitos de leis, época aquela em que os Estados ainda não se haviam constituído e a noção de soberania ainda não se formara.

¹² TOLEDO JR, T. *Direito Internacional*. Aula ministrada na UNICEUB, 27 fev. 2008.

Existem, sim, afinidades entre as duas disciplinas jurídicas, ambas voltadas para questões que afetam os múltiplos relacionamentos internacionais, uma dedicada às questões políticas, militares e econômicas dos Estados em suas manifestações soberanas, a outra concentrada nos interesses particulares, dos quais os Estados participam cada vez mais intensamente. Ambas as disciplinas têm sido objeto de recíproca colaboração por Juristas de todo o mundo, para ambas têm sido elaborados tratados e convenções por organismos Internacionais e regionais, e os "princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas".¹³

O Direito Internacional Privado, concebido de forma ampla, ocupa-se da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro, do conflito de leis e de jurisdição. Desenvolveu-se com base na necessidade de se forjarem critérios para determinar o direito a ser aplicado a relações jurídicas estabelecidas entre sujeitos que pertencem a sistemas jurídicos distintos.

No Reino Unido e nos Estados Unidos, o objeto de estudo do Direito Internacional Privado restringiu-se ao conflito das leis. Nos demais países, porém, seu escopo é mais abrangente e as matérias versam as diversas implicações decorrentes das relações entre os sujeitos privados, das quais o Estado não participa na qualidade de ente soberano. Diferentemente do Direito Internacional Público, o Direito Internacional Privado é regido por normas compulsórias, estabelecidas pelos Estados na condição de superioridade hierárquica e não é condicionado à vontade dos agentes. Do Direito Internacional Privado decorre ainda o comparatismo jurídico, que cuida de relacionar, cotejar e classificar as distintas "famílias jurídicas", na expressão de René David, como a *common law* e a *civil Law*.¹⁴

O Direito Internacional Público, o Direito Internacional Privado e as relações internacionais não se confundem. Para Marcelo D.Varela "a diferença está essencialmente no objeto de estudo. No direito internacional público, a preocupação

¹³OLIVEIRA, Luiz Andrade. *Direito Internacional Privado*. Disponível em: <www.loveira.adv.br/material/st.htm> Acesso em: 06 abr. 2011 e KELSEN, Hans in: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11.

¹⁴FONTOURA, Jorge. *Direito Internacional Público*. Disponível em: <<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:dzALS1CQ8b8J>> Acesso em: 07 abr. 2011.

está no direito que regula as relações entre os Estados ou entre os Estados e outros atores internacionais. O direito internacional privado é voltado para as relações entre particulares, tais como: contratos entre empresas ou solução de conflitos sem a presença do Estado. Enquanto a área das relações internacionais tem como principal objeto de estudo as relações políticas, econômicas, culturais e outras entre os diversos atores internacionais, transnacionais, sua dinâmica e os regimes internacionais de negociação” (VARELLA, 2009, p.1-2).

Modernamente, leciona Jacob Dolinger que a interação entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado é tanta que "Philip Jessup" desenvolveu a noção "Transnational Law" (Direito Transnacional), fundindo o Direito Internacional Público, o Direito Internacional Privado e novos campos do direito não enquadrados em qualquer uma destas tradicionais disciplinas (DOLINGER, 2008, p.11-12).

No mesmo sentido:

O conceito de Direito Transnacional é empregado para caracterizar qualquer matéria jurídica que transceda aos limites de um Estado. Destarte, abrange o direito internacional público, o direito administrativo e penal internacional e, particularmente o direito do comércio internacional, inclusive a *Lex Mercatoria*. O termo criado por Philip Jessup, até hoje não obteve aceitação geral na doutrina (RECHSTEINER, 2007, p.38-42).

Portanto, apesar de não ter aceitação geral na doutrina hoje em dia fala-se mais em "Direito Transnacional" do que "Internacional", cabendo às nações cooperarem para o seu desenvolvimento e resolverem os diversos conflitos da maneira mais justa e apaziguadora possível, tendo em vista seu objeto já descrito.

2. SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

De acordo com Paul Beaumont e Peter Mceleavy as origens do “Sequestro” Internacional de Crianças não podem ser facilmente atribuídas a uma causa ou a um evento; Como mostra o original logo abaixo:

The origins of International child abductions cannot readily be attributed to any one cause or event; each parental removal or retention is different, turning on its individual facts. It may be stated with some certainty probability that the problem is primarily one of the late twentieth century, and as such is associated with certain socio-legal and socio related to determining socio-legal and technical developments. (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999 apud Dyer Report 18 et seq.)¹⁵

Com a movimentação das pessoas, eleva-se o número de casamentos e relacionamentos internacionais. Conjuntamente a isso, são a vinda de rupturas, crises nas estruturas de famílias tradicionais, em particular o grande número de divórcios conforme apontam Beaumont e Mceleavy: (1999, p. 2)¹⁶

[...] this includes and increases in individual mobility, as well as the possibility corresponding rising number of international marriages and relationships in this together; they are coming from ruptures, crises in traditional family structures, particularly the large number of divorces. Finally, on a purely legal level, one must not overlook the absence of any viable legal remedy.

O número de casamentos entre brasileiros e estrangeiros têm aumentado com o passar dos anos. (vide tabela ao final deste item, com dados do IBGE de 2004 até 2008).

¹⁵ “As origens do ‘Seqüestro’ Internacional de Crianças não pode ser facilmente atribuída a uma causa ou a um evento; cada mudança ou retenção pelos pais é diferente, tornando cada fato individual. Tem-se verificado com certa probabilidade que o problema é principalmente tardio ao final do século XX, e é relacionado com determinação sócio-legal e desenvolvimento técnico” (Tradução nossa)

¹⁶ Isto inclui e faz aumentar em uma mobilidade individual, assim como a possibilidade correspondente elevando-se o número de casamentos e relacionamentos internacionais. Conjuntamente a isso, são a vinda de rupturas, crises nas estruturas de famílias tradicionais, em particular o grande número de divórcios. Finalmente, em um nível puramente legal, não se deve ignorar a ausência de qualquer remédio jurídico viável.” (Tradução nossa)

Jacob Dolinger (2005, p. 236-237) em “A Criança no Direito Internacional” também salienta este ponto, “inclusive o volume de nascimentos de crianças resultantes de ligações extra - matrimoniais, que também resultam em grande crescimento de deslocamentos e retenções”

A advogada Chyntia Barcellos explica em um dos seus artigos que:

[...]a problemática do Sequestro internacional de crianças particularmente no Brasil limita-se no conflito de competência quando a Justiça Comum defere a guarda do(s) filho(s) menor(es) ao pai ou mãe ou parente próximo que aqui reside, legitimando ao seqüestrador a guarda do filho, como ocorreu no caso aqui relatado ao final. “A Convenção da Haia utiliza duramente o termo seqüestrador para identificar aquele que traz ou mantém ilicitamente os filhos menores em outro país, que não seja a residência habitual da criança, violando as leis de seu país de origem (BARCELLOS, 2009)”.¹⁷

Lembrando que alguns países preferem tratar o termo como abdução.

Por outro lado, afirma a advogada já citada que:

[...] peca também nosso país pela morosidade do sistema judiciário que leva anos para decidir as Ações de Busca e Apreensão de Menores, permitindo que a criança seja adaptada aqui e distanciada do país aonde nasceu e viveu com ambos os pais até certa idade. Sobretudo, os governos nacional e o internacional não podem priorizar as questões diplomáticas em detrimento da real vontade e bem estar do menor. Buscando decidir a vida e o destino de uma criança sem levar em conta os princípios fundamentais de proteção do menor, ou seja, sem fazer pequenas perguntas como: o que será o melhor para ele e o que realmente aquela criança deseja?”(BARCELLOS, 2009).

Inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 16, traz o direito de opinião e expressão como um dos direitos de liberdade da criança e do adolescente.¹⁸

¹⁷ SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, MUITO ALÉM DE UM PROBLEMA DIPLOMÁTICO E LEGAL ENTRE PAÍSES. Disponível em: <http://www.lex-net.com/comunidade/descricaoartigo.cfm?artigo=69> >. Acesso em: 10 de ago. 2010, às 14 horas.

¹⁸ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

Embora o Brasil tenha adotado a tradução da Convenção da Haia de 1980 para "Sequestro internacional de crianças", não se trata precisamente do Sequestro tal como o conhecemos no Direito Penal. Trata-se, isto sim, de (a) um deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou (b) a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual.

Nos países de língua inglesa utilizou-se o termo "abduction", que significa o traslado ilícito de uma pessoa (no caso, uma criança) para outro país mediante o uso de força ou fraude. A versão francesa da Convenção adota o termo "enlèvement", que significa retirada, remoção. Em Portugal o termo foi traduzido para "raptó", o que tem cabimento na legislação portuguesa, mas não na brasileira, onde se optou pela utilização do termo "Sequestro" o que, por não corresponder ao tipo previsto em nossa legislação civil ou penal, tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e mesmo um pouco de incompreensão no plano interno (DOLINGER, 2005, p.236).

Normalmente tem-se que as escolhas que definem o trato e a criação de quaisquer crianças são atributos inerentes aos pais, a quem cabe, em paridade, o exercício do poder familiar em relação aos filhos. Ocorrendo divergências quanto aos rumos que devem ser dados à vida destas crianças e adolescentes, o Poder Judiciário deve ser acionado.

Quando os conflitos paternos configuram lides, em Estados de Direito, devem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário, uma vez que vedados a autotutela e o exercício arbitrário das próprias razões.

Há muito tempo, os atores da comunidade internacional conviviam com conflitos causados por pais que, visando exercer com exclusividade o direito de guarda e tentando suprimir a influência do outro genitor sobre a prole comum, transferiam os filhos para outros países, onde, distorcendo os fatos, logravam

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvados as restrições legais; II - opinião e expressão; III- crença e culto religioso; IV- brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

decisões judiciais que conferiam aparência legal às situações ilícitas criadas, dando fim permanentemente aos direitos do genitor ludibriado.

Assim, a efetividade da justiça, aliada ao princípio do interesse superior da criança, serviu de tema para que se firmasse, em 1980, na cidade da Haia, a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cuja natureza é de norma-quadro de cooperação jurídica internacional, justamente por estabelecer obrigações recíprocas entre os Estados-Partes.¹¹

A Convenção da Haia, segundo informe explicativo de Elisa Pérez-Vera (magistrada e professora espanhola), relatora da convenção, verificou certa tensão existente entre o desejo de amparar as situações de fato alteradas pelo traslado ou a retenção ilícitos de uma criança e a preocupação de respeitar as relações jurídicas sobre as quais podem repousar tais situações (PÉREZ-VERA, 1982).¹⁹

Neste sentido, pondera a relatora, que “o equilíbrio consagrado pela Convenção é bastante frágil. E explica que a Convenção não se refere ao fundo do direito de guarda, mas resulta no fato de qualificar como ilícito o traslado ou a retenção da criança e está condicionado à existência de um direito de guarda que dá um conteúdo jurídico à situação modificada pelas ações que se pretende evitar.”

Salienta, ainda, a relatora que “o problema abordado pela Convenção da Haia adquire grande importância pela possibilidade que tem os particulares de estabelecer vínculos, mais ou menos artificiais”(são palavras dela), de competência judicial. Com efeito, acentua por esse caminho que o particular pode alterar a lei aplicável e obter uma decisão judicial que lhe seja favorável.²⁰

¹⁹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Disponível em: <<http://hech.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>> Acesso em: 14 de outubro de 2010.

²⁰ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Sequestro internacional de crianças. Brasília, 2009. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id_site=4922 >. Acesso em: 15 de set. 2010. 15:00.

Tabela 1 – Casamento entre brasileiros(as) e estrangeiros(as)²¹

Nacionalidade de homem			Nacionalidade da mulher		
Ano	Brasileiro	Estrangeiro	Ano	Brasileira	Estrangeira
2004	799.369	5.001	2004	803.222	1.522
2005	828.164	5.008	2005	832.305	1.533
2006	882.674	5.498	2006	886.775	1.777
2007	909.855	5.549	2007	913.785	1.847
2008	953.627	5.763	2008	957.508	2.022

2.1. Natureza do Problema

Com o início da aplicação da Convenção da Haia foi comumente notável que os pais seriam os maiores sequestradores, tendo em vista quanto ao acordo de divórcio, e descontentes com a atribuição da guarda concedida à mãe. Como Beaumont e McEleavy abordam (1999, p. 3-4)²² :

”When work began on the Child Abduction Convention it was commonly perceived that parental abductions were perpetrated by fathers

²¹ Fonte: IBGE, 2004-2008.

²² “Quando o trabalho com a Convenção sobre Seqüestro Internacional de Crianças teve início foi comumente notável que os pais seriam os maiores sequestradores, tendo em vista quanto ao acordo de divórcio, e descontentes com a atribuição da guarda concedida à mãe.”(tradução nossa)

dissatisfied with an access award they had or were about to receive in a divorce settlement”.

Porém, posteriormente, o sequestro tem acontecido por mães que tenham se mudado ou viajado para o exterior com autorização do pai da criança, mas subseqüentemente desejavam retornar ao país de origem, mantendo a criança consigo, por motivos profissionais, familiares etc., tanto das mães que não se conformavam por não terem recebido a posse e guarda. É o que traz a doutrina britânica a seguir:

(...)”Wrongful removals and retentions are now more likely to be brought about by mothers who may have moved abroad with the father of their children but who subsequently wish to return to their country of origin. “(BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 3-4).²³

O número de Estados-partes, por si mesmos, não pode ser tomado como único arbitrário do sucesso, devendo ser levado em consideração o número de petições devolvidas, assim como os voluntários e compulsórios retornos. Do mesmo modo, consideradamente tem-se tido um critério mais subjetivo; percebe-se também o notável efeito da Convenção em deter Sequestros e assegurar o bem-estar da criança. Cite-se a referida doutrina inglesa:

“Nevertheless, the number of States parties on its own cannot be taken as the sole arbiter of success. Consideration must also be given to the number of return petitions and Access applications, as well as the proportion of voluntary and compulsory returns. Similarly, regard must be had to more subjective criteria; notably the effect of the Convention in deterring abductions and in securing the welfare of children”(BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 4)²⁴

²³ “Porém, tem sido frequente o sequestro, por mães que tenham se mudado ou viajado para o exterior com autorização do pai da criança, mas subseqüentemente desejavam retornar ao país de origem, mantendo a criança consigo, por motivos profissionais, familiares etc. tanto daquelas que não se conformavam por não terem recebido a atribuição da posse e guarda.” (tradução nossa)

²⁴“No entanto, o número de Estados - partes por si mesmos não podem ser tomados como únicos arbitrários do sucesso. Deve ser levado em consideração ao número de petições devolvidas e o acesso a formulários, tanto como os voluntários e compulsórios retornos. Do mesmo modo, consideradamente tem-se tido um critério mais subjetivo; Notável o efeito da Convenção em deter sequestros e assegurar o bem estar da criança.” (tradução nossa)

Como conclusão sobre a natureza do problema do Sequestro Internacional de Crianças, Paul Beaumont e Peter McEleavy apontam que o estereótipo da não custódia pelo pai é desesperador para conseguir alcançar um contato permanente com a criança, sendo ele prestativo para levá-la ao exterior pareceria esconder a verdade. Na maioria dos casos, “sequestradores” agora mantêm o direito de guarda em respeito à mudança ou retenção da criança e os “raptadores” são como são sendo mais provável serem mães do que pais. Além disso, a necessidade de as crianças serem devolvidas poderia ser menor. Tem-se o original:

(...)The stereotype of a non-custodial father so desperate to have permanent contact with his children that he is willing to take them abroad would no longer appear to hold true. In most instances abductors are just as if not more likely to be mothers than the fathers.”It is unclear what precise effect this will have on the children involved, although one might suggest that if the bond between them and the abductors is greater the wrongful act will cause less harm. Furthermore, it might also be the case that for the children themselves the necessity of being returned is lessened.²⁵

Em relação a isso Jacob Dolinger afirma:

Dolinger (2005, p. 242) afirma que fenômeno do Sequestro do próprio filho não é somente pelo pai ou pela mãe, pode ser também por um tutor, o problema central é determinar a prioridade entre o benefício da criança e o cumprimento rigoroso do que foi judicialmente estabelecido.

Mesmo que a Convenção da Haia não seja perfeita, Adair Dyer afirma que é uma das melhores alternativas à autodefesa que costumava imperar nos casos da espécie, com conseqüências perigosas e prejudiciais à criança, que muitas vezes era mantida longe de atividades sociais normais, movida de cidade em cidade, matriculada em escolas variadas e com utilização de nomes fictícios. Por mais

²⁵ “(...) O estereótipo da não custódia pelos pais é desesperadora para ter contato permanente com esta criança que ele é prestativo para levá-los ao exterior pareceria não longe para segurar a verdade. Na maioria dos casos, “sequestradores” agora mantêm o direito de guarda em respeito à mudança ou retenção da criança e os “raptadores” são como são, senão mais provável serem mães do que pais. Não está claro o efeito preciso que isso terá sobre as crianças envolvidas, embora se pudesse sugerir que, se o vínculo entre eles e os abdutores fosse maior o ato ilícito causaria menos danos. Além disso, poderia também ser o caso que para as próprias crianças a necessidade de ser devolvido ficaria menor. (tradução nossa)

imperfeito que seja, um tratado multilateral como a Convenção da Haia de 1980 insere os Estados em um regime internacional de localização e avaliação da real situação da criança, que deverá ser restituída ao Estado de residência habitual. Eventual decisão diversa deverá ser objeto de esclarecimentos e fundamentada no primado do superior interesse da criança. (DYER, A. 2000, p. 1-15 *apud* MESSERE, 2005, p. 81)

Acontece que seu texto oculta a sistematicidade, em virtude da melhor técnica jurídica, uma vez que apóia, por um lado, previsões que estabelecem o suposto *dever* de as Autoridades Centrais providenciarem e garantirem o *retorno imediato do menor ao país requerente*, por exemplo, o art.1º da Convenção:

Artigo 1º - 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. (grifo nosso)

E por outro, determinados artigos da Convenção prevêem hipóteses em *que tal devolução não deve ser ordenada*, em razão das peculiaridades do caso concreto, chocando-se com preceitos fundamentais da Constituição Federal, por exemplo, os artigos 12 e 13:

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 1 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. (grifo nosso)

Um dos principais objetivos da Convenção é a celeridade para repor à criança seu *status quo* anterior ao da retenção indevida e nesse sentido há que ser encarado com *granussalis* a observação da exceção relativa à integração da criança em seu novo meio. O que não se pode é permitir que o processo tenha tramitação demorada, de modo a premiar o infrator que, de forma contrária a lei, retirou a criança do seu centro de convivência, que é sua residência habitual.

A obrigação de retorno da criança não poderia ser absoluta sob pena de frustrarem-se os próprios direitos e interesses da criança. Por esse motivo, a Convenção previu exceções a essa obrigação de retorno, que vêm delineadas não apenas nesse art. 13, como também no art. 20 da Convenção, os quais serão tratados especificadamente no item três do presente trabalho. Considera-se, portanto, desobrigado o juiz ou autoridade do Estado-requerido, de determinar o retorno da criança.²⁶

2.2. Proteção à Criança quando o retorno da mesma ao país de residência pode acarretar dano

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>
Acesso em: 18 mar. 2011

Embora a Convenção presuma que o retorno da criança/adolescente ilicitamente transferido ou retido em local diferente daquele de sua residência habitual seja a medida que melhor atende aos interesses das crianças (art. 227, CF/88), o próprio texto convencional estabelece expressamente algumas exceções a sua aplicação, como a comprovação de riscos físicos ou psíquicos graves a criança caso seja determinado seu retorno ou a verificação de que a criança atingiu idade e grau de maturidade que possibilitem a consideração de suas opiniões e ela manifeste a vontade de não retornar. A aplicação dessas exceções é, todavia, restrita e deve ser analisada a luz das circunstâncias apresentadas pelo caso concreto.^{idem 20}

Os autores do livro *The Hague Convention On International Child Abduction* descrevem que a Comissão Especial de Novembro de 1979, resultou em um sucesso parcial de uma política pública. Trazendo propostas à Convenção do Sequestro Internacional de Crianças que tentavam inserir uma cláusula de ordem pública, mas foram rejeitadas, embora tenha sido decidido fazer referência ao princípio no relatório.

Conforme o original:

(...) The special Commission of November 1979 resulted in a partial success for public policy. The two proposals which attempted to insert a public policy clause were rejected, although it was decided to make reference to the principle in the report. This left the then article 12(1) (b) the result of a fragile compromise (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p.135).²⁷

Ainda de acordo com os autores britânicos, a exceção não se aplica simplesmente porque o retorno seria colocar a criança em situação de desvantagem educacional ou financeira, mas sim de dano físico ou psicológico. “It was further held that the exception would not apply simply because the return would place the child at

²⁷“A Comissão Especial de Novembro de 1979 resultou em um sucesso parcial de uma política pública. As duas propostas tentaram inserir uma cláusula de ordem pública, foram rejeitadas, embora tenha sido decidido fazer referência ao princípio no relatório. Isto deixou o artigo, então, 12 (1) (b) como resultado de um frágil compromisso.” (tradução nossa)

an educational or financial disadvantage.”²⁸(BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p.136).

Apenas algumas alterações relativamente pequenas foram feitas durante o século XIV, além de ser renumerado como artigo 13 (1) (b), duas menores, mas úteis, as mudanças foram feitas para realinhar o texto inglês mais de perto com a conjunção francesa. A ligação física e o dano psicológico e mudou de substancial, para com a qualificação mais intensa.

(...)Only relatively small amendments were made during the XIV th session apart from being renumbered as article 13(1) (b),two minor, but useful changes were made to realign the english text more closely with the french.The conjunction linking physical and psychological harm was changed from ‘and’ to ‘or’ while ‘substantial’ was replaced with the more intensive qualifier ‘grave (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p.137)²⁹

(...)Two versions of public policy were presented: A traditional clause and a more restrictive provision allowing the return of a child to be refused where it would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating family and children in the state addressed.(BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p.137)³⁰

Nesse sentido, Dolinger (2005, p.250) sustenta que “a devolução da criança não deve ser vista como princípio absoluto, eis que sofre exceção sempre que o interesse maior da criança ditar diversamente, pois como se lê no preâmbulo da Convenção, ela se baseia na filosofia de defender os interesses das crianças dos efeitos maléficos de um deslocamento ou de uma retenção indevidas, o que admite a possibilidade de uma retenção que deva ser tratada diversamente, como nas hipóteses enumeradas no artigo 13 da Convenção”.

²⁸“A exceção não se aplica simplesmente porque o retorno seria colocar a criança em situação de desvantagem educacional ou financeira, mas sim de dano físico ou psicológico.” (tradução nossa)

²⁹“Apenas algumas alterações relativamente pequenas foram feitas durante o século XIV, além de ser renumerado como artigo 13 (1) (b), duas menores, mas úteis, as mudanças foram feitas para realinhar o texto inglês mais de perto com a conjunção francesa. A ligação física e o dano psicológico e mudou de substancial, para com a qualificação mais intensa.”(tradução nossa)

³⁰Duas versões de políticas públicas foram apresentadas: uma cláusula tradicional, e uma disposição mais restritiva permitindo o retorno de uma criança para ser recusada quando seria manifestamente incompatível com os princípios fundamentais do direito relativos a família e filhos no Estado requerido(tradução nossa).

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.

Dolinger (DOLINGER, 2005, p.251) segue afirmando que:

Provavelmente não haja consequência prática, mas distingue a primeira e a segunda parte do artigo supracitado: nas hipóteses em que a pessoa encarregada da guarda não estava efetivamente no seu exercício e na hipótese da possibilidade de grave risco para a criança em ser enviada de volta, a convenção diz que o juiz do país solicitado *'is no tbound nést pás tenue'*, ou seja: não está obrigado a devolvê-la, enquanto na parte final, caso a criança, ao completar a maturidade suficiente, se recusa a voltar ao país de onde foi retirada

Nas várias hipóteses em que países contratantes verifiquem os casos de aplicação do artigo 13 e 20 da Convenção, seus tribunais não estão impedidos de determinar a devolução da criança. Normalmente, o pedido de devolução da criança ao país de onde foi retirada deverá ser apresentado às autoridades judiciais ou administrativas do país onde a criança se encontra, antes de decorrido um ano do deslocamento de sua residência habitual, caso este prazo for ultrapassado, as autoridades determinarão sua devolução a não ser que ela já esteja adaptada ao novo ambiente.

Se o genitor que requereu a devolução da criança que lhe foi retirada encontra-se agora em outro Estado, a devolução não se fará ao Estado onde a criança tinha sua residência habitual anteriormente, mas ao Estado onde o requerente vive atualmente.”

A Convenção pode ter sido construída sobre a premissa de que os raptos são prejudiciais, mas foi reconhecido em uma fase inicial que, em certos casos, um restabelecimento do *status quo ante* poderia pôr em risco uma criança.

Sendo o objetivo da Convenção o retorno da criança ao seu país de origem, em regra, ele deverá ser sempre determinado pelo juiz ou autoridade processante, nos termos do art. 12, já analisado. O art. 13 concentra as exceções, ou seja, aqueles casos em que o juiz poderá recusar o retorno. Trata-se de artigo considerado polêmico e já foi objeto de inúmeras discussões em seminários internacionais. O assunto foi debatido longamente no seminário internacional realizado pela Conferência da Haia no México, em dezembro de 2004.³¹

Segundo consta do Relatório de Elisa Perez Vera, na ocasião das discussões, dois elementos estavam invariavelmente presentes em todos os casos examinados, o que, de certo modo, tornava os casos mais ou menos semelhantes:

1) Estamos confrontados em cada caso com a remoção de uma criança de seu ambiente habitual, no qual a sua guarda foi confiada ou legalmente exercida por uma pessoa natural ou jurídica. Naturalmente, a recusa em recolocar a criança no seu próprio ambiente, após uma estada no exterior a que a pessoa que exercia o direito de guarda consentiu, deve ser colocada na mesma categoria. Em ambos os casos, o resultado é, na verdade, o mesmo: a criança é retirada do seu ambiente social e familiar, no qual sua vida vinha-se desenvolvendo. Ainda, neste contexto, o tipo de título legal que subjaz o exercício do direito de guarda, acima dos interesses da criança, desde se existente ou não a decisão sobre a custódia, de forma a não alterar a realidade sociológica do problema.

2) Segundo, a pessoa que remove a criança (ou que é responsável pela sua remoção, onde o ato de remoção é realizado por um terceiro), espera obter o direito de custódia das autoridades do país para o qual a criança foi levada. O problema então relaciona à pessoa que, falando em termos gerais, pertence ao círculo familiar da criança. Realmente, na maioria dos casos, a pessoa referida é o pai ou a mãe.

No entanto, essa obrigação de retorno da criança não poderia ser absoluta sob pena de frustrarem-se os próprios direitos e interesses da criança. Por esse motivo, a Convenção previu exceções a essa obrigação de retorno, que vêm delineadas não apenas nesse art. 13, como também no art. 20 da Convenção.

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Convenção da Haia*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. 2010. 14:00

Considera-se, portanto, desobrigado o juiz ou autoridade do Estado-requerido de determinar o retorno da criança, quando a parte que se oponha ao seu retorno provar que:

1) a pessoa ou entidade requerente não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou retenção (art. 13, a, primeira parte);

2) essa pessoa ou entidade havia consentido ou concordado posteriormente com essa transferência ou retenção(art. 13, a, segunda parte);

3) haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica (art. 13, b, primeira parte);

4) que haja um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar numa situação intolerável (art. 13, b, segunda parte);

5) quando a própria criança se opuser ao retorno e, pela sua idade e maturidade, a autoridade se convencer de que deva levar em consideração a sua opinião (art. 13, § 2º);

6) quando o pedido de retorno da criança, ainda que esteja de acordo com o art. 12, não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20).

No entanto, é de todo aconselhável, sempre que possível, a oitiva da criança, pois nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre deverá preponderar o interesse da criança. Claro que tal oitiva há de ser feita com grande cuidado, pois devemos lembrar que a criança que foi deslocada ilicitamente está em contato com o seqüestrador, com quem pode desenvolver vínculos afetivos mais fortes do que com aquele que legitimamente postula o retorno, haja vista que este foi irregularmente privado do convívio com a criança.

[...]Em la primera parte del presente Informe hemos comentado ampliamente la justificación, el origen y el alcance de las excepciones previstas em los artículos analizados. Por tanto aquí nos limitaremos a formular algunas consideraciones respecto a su tenor

literal. Em términos generales, hay que insistir en que las excepciones previstas em los dos artículos em cuestión no son de aplicación automática em el sentido de que no determinan forzosamente el no retorno del menor; por el contrario, la naturaleza misma de estas excepciones estriba en dar a los jueces la posibilidad - no de imponer les la obligación- de denegar dicho retorno em CIERTAS CIRCUNSTANCIAS.³²

Por una parte, se trata de situaciones en las que el que tenía a su cargo a la persona del menor no ejercía efectivamente el derecho de custodia em el momento del traslado o del no retorno. El Convenio no incluye ninguna definición de lo que cabe entender por "ejercicio efectivo" de la custodia, pero la disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor; así pues, si se compara el texto com el de la definición del derecho de custodia recogida em el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado dela persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles em cada caso concreto (enfermedad, estancia de estúdios,etc)³³

Las excepciones previstas e la letra b se refieren a situaciones em las que la sustracción internacional de un menor há tenido realmente lugar pero em las que su retorno sería contrario a su interés, tal como se entiende en este subapartado. Cada uno de los términos utilizados em la disposición refleja el delicado compromiso alcanzado em el transcurso de los trabajos de la Comisión especial y que se mantu vos in cambios; por consiguiente, no se pueden deducir, a contrario, interpretaciones extensivas del rechazo, durante el Decimo cuarto período de sesiones, de propuestas encaminadas a incluir uma referencia expresa a la imposibilidad de alegar esta excepción cuando el retorno del menor pudier a perjudicar sus

³²“Na primeira parte do presente relatório discutiram extensivamente justificativa, a fonte e extensão das exceções previstas nos artigos analisados 13 e 20. Então, aqui vamos limitar fazer algumas considerações em conta a sua redação. Em termos gerais, devemos insistir em que exceções nos dois artigos em causa não são auto-executáveis no sentido de que eles determinam não necessariamente o regresso da criança, para em contrapartida, a natureza destas exceções é dar aos juízes a possibilidade - não impor a obrigação, de recusar o retorno em determinadas circunstâncias.” (tradução nossa)

³³“Por um lado, estas situações, o que era cobrado para a pessoa criança não é, de fato, exercido o direito de guarda no momento da remoção ou de não retorno. A Convenção não inclui nenhuma definição do que se entende por "exercício efetivo" de guarda, mas a disposição refere-se explicitamente o cuidado com a pessoa da criança, assim, portanto, se compararmos o texto com a definição de custódia no artigo 5º, pode chegar à conclusão de que existe a guarda real quando o titular é responsável por cuidados com a pessoa da criança, mesmo se coexistem, de forma plausível, em cada caso (a doença, estudos, etc...)” (tradução nossa)

perspectivas económicas o educativas (VILLEDA, M. F. *et. al.* 2007, p. 50)³⁴

De qualquer modo, essas exceções devem ser analisadas sempre restritivamente, sob pena de desnaturar-se o próprio objetivo da convenção. Por exemplo, há que se ter uma extrema certeza do risco que estaria submetida à criança em caso de devolução, não bastando a simples alegação do "seqüestrador", bem como esse risco seja completamente provado.

2.3. Proteção da Criança no Brasil e nos Estados Unidos

A proteção da criança tem sido sem dúvida alguma, a área que mais ocupou a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado da Haia, havendo sido produzidas três Convenções sobre proteção: em 1902 aprovou a Convenção para regular a Tutela de Menores; em 1961 aprovou a Convenção concernente à Competência das Autoridades e a Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, e em 1996, a Convenção sobre: Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação com Relação à Responsabilidade Paternal e Medidas para Proteção de Crianças. A segunda convenção veio para substituir a primeira e a terceira visou a substituir a segunda (DOLINGER, 2003, p.119).

O exame da Convenção de 1996 revela as influências que sofreu da Convenção da ONU sobre Proteção da Criança, e aponta as modificações introduzidas em relação à Convenção da Haia de 1961.

A Convenção de 1996 fixa, em termos de direito internacional privado, a jurisdição competente e a lei aplicável para a tomada de medidas necessárias à proteção da pessoa e da propriedade da criança, determina a lei aplicável à "responsabilidade parental", isto é, a toda gama de relações entre pais e filhos, tradicionalmente conhecida como pátrio poder, determina o reconhecimento e a execução das medidas de proteção em todos os Estados contratantes, e estabelece

³⁴As isenções previstas na alínea b referem-se a situações em que o rapto internacional de uma criança realmente aconteceu, mas quando o seu retorno seria contrário ao seu interesse, basta como é entendido na presente subsecção. Cada um dos termos utilizados na disposição reflete o compromisso delicado alcançado no decurso do trabalho e a Comissão Especial manteve-se inalteradas, portanto, não pode ser, em sentido inverso as interpretações extensivas durante a décima quarta sessão das propostas para incluir uma referência expressa à impossibilidade de reivindicar a isenção quando o retorno for menos susceptível de prejudicar suas perspectivas econômicas ou educativas."(tradução nossa)

normas sobre a cooperação entre as autoridades dos Estados contratantes quando necessária, para alcançar os objetivos pretendidos pela convenção.

As medidas de proteção podem versar a atribuição, exercício, término ou restrição da responsabilidade parental, direitos de guarda, tutela, curatela, designação de representante da criança, colocação da criança sob os cuidados de uma família substituta (foster family) ou de uma instituição, supervisão dos cuidados dirigidos à criança.

As convenções da Haia de 1961 e de 1996, ao fixarem a competência da Lei do foro da autoridade judiciária competente, rompem com o direito internacional privado tradicional, que trabalha com a dissociação das competências judiciária e legislativa, de acordo com a qual pode ser fixada a competência do Judiciário de um determinado país e determinada a aplicação da lei de outro país.

Uma explicação é de que a intenção da Conferência da Haia foi fazer obra prática e não teórica, já que a convenção atribui competência jurisdicional às autoridades do país mais próximo da criança da sua residência habitual, ou da jurisdição mais apropriada para o caso específico, ou do país onde a criança se encontra no momento, para as medidas urgentes, ou para aquelas de efeitos estritamente territoriais resulta que as medidas tomadas pelo tribunal deverão ser executadas na mesma jurisdição, aplicando-se então a lei do foro, deixando ao juiz a liberdade de aplicar a lei de outra jurisdição que tenha conexão substancial com a situação, se isto for recomendado para sua proteção. (DOLINGER, 2003, p.123-125)

No Brasil, como forma de defesa dos direitos da criança e do adolescente, está em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como “pilares” a proteção integral dos mesmos.

O ECA foi instituído em obediência ao art. 227 da Constituição Federal de 1988, a partir da Doutrina da Proteção Integral, tem assim como pressuposto básico a idéia de que as crianças e adolescentes devem ser considerados pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, como se vê na redação do art. 227:

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 [...]

Dessa forma, esses menores terão seus direitos defendidos contra qualquer tipo de agressão. Sempre que houver ameaça ou violação, seja pela família, sociedade ou até mesmo pelo Estado, algumas medidas de proteção deverão ser observadas, pois a proteção integral lhes garante defesa ampla e irrestrita.

Com o Estatuto as crianças e adolescentes passam a serem sujeitos de direitos, e não mais apenas objetos de medidas judiciais, como outrora eram vistos.³⁵

Ao longo dos séculos, o direito da criança e do adolescente vem engatinhando para o progresso; nas épocas mais remotas, a criança era vista como propriedade do chefe de família, não possuía direito algum, devendo obedecer de pronto todas as vontades do líder familiar que podia decidir sobre vida e morte de seus filhos.³⁶

Em 1927, foi publicado o Decreto 17.943-A³⁷, que veio a ser a primeira legislação acerca dos menores do Brasil, chamado de Código Mello Matos. Esse decreto trouxe diversas inovações como a figura do juiz de menores, centralizando todas as decisões referentes ao destino de menores infratores. Porém, mais uma vez, suprimia-se a figura da família como parte integrante e necessária do desenvolvimento do menor, dando-se mais importância ao recolhimento dos infratores como forma de proteger a sociedade do que se dedicando a resolver a

³⁵GALAVOTTI, Naira. *Proteção Integral da Criança e do Adolescente*. Disponível em: < <http://dadospessoais.net/info/protacao-integral-da-crianca-e-do-adolescente/2007-06/> >. Acesso em: 10 dez. 2010. 14:00.

³⁶ CRIANÇA: Pela lei 8069/90 trata-se do indivíduo que possui idade até 12 anos incompletos; de 12 anos completos até 18 anos, passa-se a ser chamado de Adolescente. No presente trabalho usaram-se as expressões: menores e crianças, para abarcar ambos os grupos.

³⁷.DECRETO EXECUTIVO 17.943 de 12 de outubro de 1927. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm> Acesso em: 10 dez. 2010.

questão. Esse pensamento passou a ser conhecido como doutrina da situação irregular.

Não havia uma política de proteção a todas as crianças, mas sim de proteção a própria sociedade. Sendo assim, os menores deveriam ser extirpados, retirados do seio familiar social. Era como se a sociedade ao ver seus filhos revoltosos e problemáticos, encontrando-se em estado puerperal, decidisse ser melhor matá-los do que mantê-las e corrigi-las.

Em um segundo momento, sob forte influência da Igreja Católica, começam a brotar novos ares no pensamento social, permitindo a estas crianças e adolescentes adquirirem alguns direitos.

Em 1948, após um período de guerra, majorou-se as discussões acerca dos direitos humanos, o que levou a ONU a publicar dois documentos de suma importância para o desenvolver do Direito da Criança: a Declaração Universal dos Direitos do homem, em 1948,³⁸ e a Declaração dos Direitos da Criança³⁹, em 1959, que vieram a ser o ponto de partida para a doutrina da proteção integral, reconhecendo as crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais.

A Declaração dos Direitos da Criança estabeleceu diversos princípios, podendo-se destacar, dentre eles, o princípio da proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e o princípio a educação gratuita e compulsória.

Em 1964 podemos notar um retrocesso dessa tendência protetora, que se concretizou no auge do regime militar, em 1967, com a redução da maioridade penal para 16 anos, perdurando esta até os anos de 1968, quando voltaram à maioridade penal para os 18 anos. Acompanhando a tendência cresciam ao redor do mundo, as

³⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/DH8.HTM> Acesso em: 15 dez. 2010.

³⁹ DECRETO LEGISLATIVO Nº 28, de 14 de setembro de 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 10 dez. 2010.

políticas visando resguardar os direitos da criança, como o Pacto de São José da Costa Rica, em 1969⁴⁰, e as Regras Mínimas de Beijing em 1985.⁴¹

Em 1989, a Resolução número 44 da Convenção dos Direitos da Criança trouxe diversas novidades para o campo legiferante. Era a primeira vez que se adotava a doutrina da proteção integral fundada em três pilares principais: o reconhecimento da condição da criança como sendo pessoa em desenvolvimento, desta forma, carecedor de proteção especial, visando sempre que possível preservar o direito a convivência familiar através de garantias e deveres das nações subscritoras desta convenção para assegurar os direitos insculpidos na mesma com absoluta prioridade.

Em 1988 nascia a Constituição Cidadã, onde podemos notar a preocupação com o direito infanto-juvenil nos artigos 227 e 228 desta.

A *Convenção Internacional dos Direitos da Criança* foi aprovada, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, depois de um árduo trabalho de dez anos de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional à época em que se comemoravam os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710/90, indique-se sua versão oficial, ao dispor no art. 3.1:

"todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.*"⁴²
(grifo nosso)

⁴⁰ PROMULGADO NO BRASIL ATRAVÉS DO DECRETO LEGISLATIVO Nº 678 DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 10 dez. 2010.

⁴¹ REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRAS DE BEIJING) Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 10 dez. 2010.

⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática.* Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf >. Acesso em: 14 dez. 2010. 10:00.

Destaque-se, especialmente, o texto original em inglês ao declarar: [...] “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”⁴³

O texto da Convenção, como ensina-nos o Prof. José Augusto: [...] compõem-se de treze considerados fundamentadores e referenciais e cinquenta e quatro dispositivos, divididos em três partes: a Parte I (Artigos 1.º a 41), definidora e regulamentadora, dispõe em substância sobre os direitos da criança; Parte II (Artigos 42 e 45) estabelece o órgão e a forma de monitoramento de sua implementação; a Parte III (Artigo 46 a 54) traz as disposições regulamentares do próprio instrumento. Já o Artigo 1º da Convenção dá a definição jurídica de criança:

Artigo 1º – todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a Lei aplicável à criança, a maioridade seja aplicada antes. Como se vê, o texto, dada a grande luta ideológica travada, traz válvula de escape, prevendo a possibilidade dos países, por força da soberania, aumentarem ou reduzirem a idade fixada.

A gama de direitos que a Convenção de 1989 se dispõe a assegurar é tão variada que, visando a sua observância, a ONU, promovendo campanha mundial de divulgação, sintetizou os aspectos mais importantes de cada parte da Convenção, por exemplo, *Da Parte I*, destaca-se: “Quando os tribunais, as instituições de bem-estar social ou as autoridades administrativas adotarem medidas concernentes às crianças, deverão levar em consideração primordial o interesse superior da criança, dando atenção as suas próprias opiniões”.⁴⁴

Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – the best interest (o melhor interesse) - e a

⁴³ “Em todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o interesse superior da criança deve ser uma consideração primária” (tradução nossa)

⁴⁴ VALERA Carlos Alberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: < <http://www.modusfaciendi.com.br/eca.pdf> >. Acesso em: 15 dez. 2010.

versão brasileira dentro de um critério quantitativo - o interesse maior da criança. Optamos pelo conceito qualitativo - melhor interesse - considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do "melhor interesse da criança" em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que diz respeito à proteção da infância em nosso continente.

DANIEL B. GRIFFITH⁴⁵ informa que:

Nos Estados Unidos o princípio do *Best interest* está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao parens patriae. Ele emana da função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes. O poder, outrora conferido ao rei, foi agora transferido para cada Estado. (grifo nosso)

A Suprema Corte tem reconhecido esta prerrogativa como parte de uma tradição de longa data. O princípio do *parens patriae* é particularmente relevante nas leis referentes à guarda. A autoridade, antes inerente às Cortes de Equidade, foi atribuída aos tribunais conforme a codificação de cada Estado. As Cortes detêm o dever de supervisionar o guardiões e de assegurar que eles ajam no melhor interesse de seus pupilos. Os guardiões, como "oficiais" da Corte, bem como seus pupilos, estão sempre sob o controle desta.

Desta forma, o guardião tem uma relação de subordinação para com a Corte, que por sua vez, é a "guardiã suprema" e detém a jurisdição sobre a guarda. O guardião "é o delegado da *parens patriae* estadual". Sua autoridade tem origem civil, não pessoal, e esta não pode exorbitar os limites da autoridade que o conferiu.

Griffith (1991, p. 3) informa também que o princípio do *Best interest* foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos no julgamento do caso *Common wealth v.*

⁴⁵ GRIFFITH, Daniel B. The Best Interests Standard. A compariron of the stnte's *parens patriae* autlrority and judicial oversigflt in best interest determinations for children and incompetent patients. In *Issues in Law and Medicine*, p. 1-2.

Addicks, da Corte da Pensilvânia, onde havia a disputa da guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge-mulher havia cometido adultério.

A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança. Naquela oportunidade, foi introduzida naquele país a Tender Years Doctrine, a qual considerava que, em razão da pouca idade, a criança precisava dos cuidados da mãe, de seu carinho e atenção e que ela seria a pessoa ideal para dispensar tais cuidados e assistência. Esta Doutrina proliferou por todo o país, passando a vigorar uma "presunção de preferência materna", que somente não seria levada em conta caso ficasse comprovado o despreparo da mãe.

Destaque-se, no entanto, a 14ª Emenda Constitucional americana, que, entre outros direitos, estabeleceu a igualdade do homem e da mulher, conduziu a uma modificação na orientação dos Tribunais uma vez que a Tender Years Doctrine dava tratamento privilegiado à mãe em prejuízo do progenitor da criança.

Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto.

Para se promover um melhor entendimento quanto à aplicação do princípio do "melhor interesse" no Brasil, é imprescindível elencar as correntes jurídico-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância em nosso país desde o século XIX, quais sejam:

a) a Doutrina do Direito Penal do Menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, preocupou-se especialmente com a delinqüência e baseou a imputabilidade na "pesquisa do discernimento" - que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso;

b) ao Juiz era atribuída a competência para determinar se o jovem "era ou não capaz de dolo e, para tal fim, levaria em conta a vida pregressa, seu modo de

pensar, sua linguagem, não justificando basear-se apenas numa razão, obrigando-o a pesquisar o conjunto dos elementos informadores" e

c) A Doutrina Jurídica da Situação Irregular passou a vigorar efetivamente entre nós com o advento do Código de Menores de 1979. Esta catalogava, em seu art. 2º, as seis categorias de situações especiais consideradas por Paulo Lúcio Nogueira, em citação de Tânia da Silva⁴⁶, como "situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade."

A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação "e a terceira ,quando as decisões eram tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, foram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos. ⁴⁷

A ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança no Brasil, só veio reforçar uma tendência que já havia sido determinada pelo Legislador Constituinte de 1988. O texto Constitucional, em especial nos artigos 227 e 228, "destruiu" a antiga rotina das crianças em "situação irregular", onde suas opiniões eram postergadas e o Estado/Juiz definia de forma absoluta, seus destinos, para a moderna doutrina da "proteção integral", onde, de fato, as crianças passaram a ser sujeitos de direitos e não meros espectadores dos deslindes do Estado sobre suas vidas.

Nessa linha de pensamento, em 1990, a Lei Federal 8.069/90⁴⁸, o então Estatuto da Criança e do Adolescente foi reconhecido pela ONU como uma das

⁴⁶ DA SIVA, T. P. *O princípio do "melhor interesse" da criança: da teoria à prática*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf > Acesso em: 3 de dez. 2010.

⁴⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática*. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf >. Acesso em: 03 dez. 2010. 15:00.

⁴⁸ LEI ORDINÁRIA Nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 10 dez. 2010.

legislações mais modernas e avançadas de proteção à criança e à adolescência. Em 13 de julho de 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), à luz da Constituição de 1988, em seu artigo 227, rompendo definitivamente com a doutrina da situação irregular e enquadrando-se na doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, conforme preconiza o artigo 1º da Lei 8.069/90.

O referido estatuto não foi elaborado somente por um seleto grupo de especialistas como os códigos anteriores, mas através de um processo de mobilização política, ética e social, com a participação de representantes do mundo jurídico, das políticas públicas e dos movimentos sociais. E teve como maior objetivo assegurar à criança e ao adolescente, por lei e por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Em 1908 foi prolatada interessante sentença em pedido de habeas corpus impetrado para impedir uma extradição solicitada pelos E.U.A. de um pai que havia subtraído seu filho do Estado de Massachusetts, trazendo-o para o Rio de Janeiro, então Distrito Federal. A sentença foi do juiz Antônio Pires Albuquerque. O fato reputado ao americano Joseph W.Swan foi o de ter subtraído seu próprio filho do poder da esposa, a cuja guarda fora confiado por sentença da justiça do estado de Massachusetts, proferida em ação de divórcio.

O juiz decidiu pela soltura do paciente, porque a subtração de menores prevista no artigo 289 do Código Penal da época não se aplicava à hipótese, não constituindo, igualmente, crime nos Estados Unidos, nem figurando entre os delitos relacionados no Tratado de Extradicação ente Brasil e E.U.A. de 1903.

O Brasil é parte em três convenções que cuidam da remoção ilegal de crianças, duas da CIDIP e uma da Haia. As convenções interamericanas são a da Restituição Internacional de Menores de Montevidéu aprovada em 1989, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto Executivo nº 1.212 de 03 de agosto de 1994⁴⁹

⁴⁹ DECRETO EXECUTIVO Nº 1.212 de 03 de agosto de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm> Acesso em: 11 dez. 2010

e a relativa ao Tráfico Internacional de Menores, do México, aprovada em 1980, ratificada pelo Brasil, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 2.740 de 20 de agosto de 1998⁵⁰.

A Convenção sobre a Proteção da Criança, de 1989, da ONU é genérica, programática, determinando que os Estados-partes tomem medidas para combater a transferência ilícita e o não retorno das crianças do exterior, enquanto que a CIDIP (Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado) é específica, eis que por ela os Estados se comprometem a adotar medidas eficazes para prevenir e sancionar severamente a ocorrência de tráfico internacional de menores, devendo ser referida como fonte direta da acusação e razão para determinar a competência da Justiça Federal (DOLINGER, 2003, p. 312-316).

O objetivo da Convenção de 1980 sobre Sequestro Internacional de Crianças é estabelecer procedimentos claramente definidos para o regresso imediato das crianças que foram indevidamente removidas ou retidas indevidamente e para fornecer um meio de dissuasão eficaz para os pais que têm suas crianças sequestradas. Infelizmente, as tendências atuais refletem um aumento constante no número de raptos parentais internacionais por isso, é preciso destacar a urgência de se redobrar esforços para promover o cumprimento das obrigações decorrentes da Convenção e encorajar as novas nações à integrá-la.

Desde a época que entrou em vigor nos Estados Unidos, a Convenção tem provado ser a ferramenta mais eficaz disponível para o pai ou a mãe deixado para trás potencialmente se reunirem com seus filhos seqüestrados. A Convenção é um tratado internacional que fornece um mecanismo civil para trazer o regresso imediato das crianças que foram ilicitamente removida ou retida ilicitamente fora do país de sua "residência habitual" em violação da LBP é "direito de guarda" sob a lei do país de residência habitual, conforme seus artigos 1º e 3º. O direito de guarda pode surgir de uma ordem judicial ou, em alguma outra forma por força de lei.

⁵⁰ DECRETO EXECUTIVO Nº 2.740 de 20 de agosto de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2740.htm> Acesso em: 10 dez. 2010.

Durante o período, os Estados Unidos experimentaram problemas com o Brasil ao cumprir a Convenção. Como resultado, o USCA (U.S. Central Authority) admite que o Brasil não cumpriu com a Convenção no ano fiscal 2009.

Para os casos em que as crianças e seus pais, tendo meios necessários para serem localizados, a Autoridade Central Brasileira (ACB) solicitou a aplicação da lei de assistência rápida. Em dois casos, entretanto, a aplicação da lei brasileira tomou mais de seis meses para localizar as crianças, mesmo que a LBP forneceu informações de endereço específico e descrições de residência principal do TP (taking parents or persons) e da residência dos membros da família.⁵¹

Dolinger em *A Criança no Direito Internacional* lembra que os Estados Unidos ainda não haviam ratificado a Convenção da ONU sobre Proteção dos Direitos da Criança, sendo que a principal razão que impedia os americanos de ratificá-la é a regra que determina aos Estados-Partes garantir que não se imponha pena de morte nem prisão perpétua por crimes cometidos por crianças, ou seja, pessoas menores de 18 anos de idade. (DOLINGER, 2003, p.108)

Os Estados Unidos são a única democracia ocidental que não apenas aplica a pena capital de maneira rotineira, como também é a única que, sob o efeito de um jurisdicção estreito, casado com um individualismo moral sem freios e a um tenaz desprezo racial, a imputa a menores, mulheres, deficientes mentais e condenados por crimes não violentos. Porém, por mais simbolicamente notável que seja a condenação à morte continua sendo estruturalmente marginal e funcionamento supérflua. (Wacquant, 2007, p.72)

A Presidente do Comitê dos Direitos da Criança apelou à Somália e aos Estados Unidos, para que ratificassem a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), uma vez que eram os únicos países que não o fizeram, entretanto com a

⁵¹ REPORT ON COMPLIANCE WITH THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION. Abril, 2010. Disponível em: <<http://travel.state.gov/pdf/2010ComplianceReport.pdf>> p.13-18. Acesso em: 12 mar. 2011. 15:00

recente ratificação pelos Estados Unidos, resta somente a Somália assinar. “Tendo presentes os melhores interesses das crianças, reiteraria, com todo o respeito, o nosso apelo a esses Estados, para que ratifiquem a Convenção sobre os Direitos da Criança”, disse Yanghee Lee perante a Terceira Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas⁵². O tratado é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo a incorporar todos os direitos humanos – civis, culturais, econômicos, políticos e sociais – dos jovens com menos de 18 anos.⁵³

A Convenção da Haia, de 19 de Outubro de 1996, *Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas para a Proteção das Crianças* foi recentemente ratificada pelos Estados Unidos, no dia 22/10/2010.⁵⁴

Independentemente de dispositivo convencional, tem sido sustentado que a pena de morte de jovens praticada nos Estados Unidos viola o direito internacional costumeiro.

Em trabalho crítico sobre a situação da infância nos Estados Unidos, Sanford J. Fox, professor de direito do Boston College Law School, na época presidente do Comitê de Direitos Humanos da American Bar Association (ABA) a Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, publicado em 1997 no *Family Law Quarterly*, uma das inúmeras publicações acadêmicas da ABA revela que os Estados Unidos apresentam graves deficiências nos programas de saúde e habitação de sua população infantil.

Fox sustenta que, “quando não houver dispositivo legal na legislação interna americana para fundamentar determinada pretensão, visando proteger uma criança de algum mal, deverá ser fundamentada no direito internacional, considerando, inclusive a possibilidade de a criança recorrer aos órgãos da Organização dos Estados Americanos que controlam e julgam questões de direitos humanos nos países das Américas. O autor defende a tese de que as cortes americanas deveriam interpretar o direito americano no sentido de fazê-lo

⁵² SOMÁLIA E ESTADOS UNIDOS DEVERIAM RATIFICAR A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS CRIANÇAS. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/29551-somalia-e-estados-unidos-deveriam-ratificar-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 12 dez. 2010

⁵³ TRATA-SE DE NOTÍCIA PUBLICADA NO SITE “CRIANÇA A TORTO E A DIREITO”. Disponível em: <<http://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/convencao-dos-direitos-da-crianca>>. Acesso em 29 dez. 2010. 18:30.

⁵⁴ DEPARTAMENTO DE ESTADO AMERICANO. Disponível em: <<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/10/149860.htm>>. Acesso em : 27 jan. 2011. 21:00.

coincidir com – e não violar– os parâmetros internacionais” (DOLINGER, 2003, p.109-110).

Os Estados Unidos apresentam o paradoxo de ser uma nação que venera as crianças, mas que não conta com uma política de educação e apoio às famílias, na avaliação de Wacquant (2007, p.93).

Em maio de 2002, a Assembléia Geral das Nações Unidas realizou uma sessão especial dedicada às crianças, com o objetivo de capacitar os líderes presentes a respeito do progresso efetuado desde a aprovação da convenção, em 1989, e visando incentivar os governos a reafirmar seu compromisso relativo a melhorar o bem-estar de todas as crianças. Quatro temas foram abordados, sendo: promover vidas saudáveis; prover educação de qualidade para todos; proteger as crianças contra abusos, explorações e violências e combate ao vírus do AIDS. (DOLINGER, 2003, p.111)

A aprovação de um documento final foi dificultada por inúmeras objeções levantadas pela delegação norte-americana. Compromissos tiveram que ser feitos no sentido de omitir do documento que a Convenção sobre os Direitos da Criança é a expressão autorizada destes direitos, o que os Estados Unidos não podiam assinar, por não terem até então ratificado a Convenção. Se opuseram a qualquer texto que proibisse a pena de morte em casos de criminosos menores, o que provocou forte reação de muitos países. (DOLINGER, 2003, p.112)

Para o presidente do Comitê dos Direitos da Criança da International School Psychology Association, Stuart N. Hart “os melhores interesses da criança é um conceito maravilhoso, mas uma frase vazia em demasiado número de tribunais neste país e através do mundo”. (DOLINGER, 2003, p.111)

2.3.1 O ECA e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 respeitaram o espírito da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC) e da Declaração Universal dos Direitos da Criança ao repetir parte de seu conteúdo, por vezes, e quando isso não ocorre garantindo que os preceitos de ambas fossem respeitados.

Vejamos um exemplo do que foi dito acima mediante a comparação entre o art. 6º da CIDC e o art. 7º do ECA, respectivamente, ambos versando sobre o direito da vida:

Art.6º:

1- Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2- Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O artigo 6º da CIDC salienta a existência do direito à vida, frisando a importância da sobrevivência e do desenvolvimento da criança. O art. 7º do ECA, por sua vez, além destes, menciona também a saúde e a necessidade de políticas públicas que assegurem o nascimento e o desenvolvimento com dignidade.

A diferença entre ambos decorre principalmente do fato da Convenção ter por escopo a enunciação de uma norma com a função de ser uma diretriz (uma norma de cunho genérico), através da qual cada Estado que a ratifique fique obrigado a adequá-la à sua realidade, à sua legislação e à sua cultura. Isto porque não há como uma convenção internacional englobar todas as peculiaridades e os valores dos países que objetivam assiná-la e ratificá-la, razão pela qual essa pormenorização fica a cargo daqueles.⁵⁵

De acordo com o ECA, a criança e o adolescente não podem ser tratados como objetos passivos de intervenção da sociedade, da família e do Estado, e sim como sujeitos com direito à liberdade, dignidade e respeito. Entretanto, é dever de todos, zelar pela prioridade absoluta da criança e do adolescente, assegurando o exercício de todos os seus direitos e a satisfação de todas as suas necessidades.

⁵⁵ PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_cap_02.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2010. 18:45.

A criança, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem o direito de ser protegida desde a barriga da mãe para ser gerada com saúde e segurança. Os amparados pelo ECA têm direito de se expressar, de terem uma religião, de se divertirem e, principalmente, de serem educados por uma família, de preferência a natural, cabendo ao governo garantir o apoio às famílias com dificuldades financeiras.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei moderna e eficiente, que veio a proteger integralmente a criança e o adolescente, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana disposto no inciso III, artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que deverão ser respeitados, prioritariamente, pela família, sociedade e Estado, sob pena de responderem pelos danos causados. O seu total rompimento com a doutrina da situação irregular acarretou na proteção integral de todas as crianças e adolescentes, independentemente de estarem ou não em situação irregular.

Com a criação do ECA, não existem mais *menores irregulares* e sim sujeitos de direitos com idade inferior a 18 anos (excepcionalmente a 21 anos), dotados de igualdade e dignidade, que, como pessoas em desenvolvimento, necessitam de todo o aparato dos diversos setores da sociedade, sejam eles governamentais ou não, para que a efetivação do alcance de suas garantias legais seja alcançada, garantias essas, dotadas de absoluta primazia sobre quaisquer outras, conforme acima exposto.⁵⁶

2.3.2. Princípio do melhor interesse da criança

Segundo o entendimento do constitucionalista Luis Roberto Barroso:

O princípio do melhor interesse da criança teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU no ano de 1959. O princípio do melhor interesse da criança deve ser regularizado nas verdadeiras necessidades da criança envolvida. O bem-estar da

⁵⁶ MPMG Jurídico. Ano II – Edição Especial. Outubro, 2007. Disponível em: < <http://www.modusfaciendi.com.br/eca.pdf> >. Acesso em: 16 dez. 2010. 11:00.

criança deverá ser garantido, deixando qualquer interesse relativo aos pais para o segundo plano. Ou seja, o interesse da criança deverá se sobrepor ao de seus pais.⁵⁷

O princípio do melhor interesse da criança tem como fundamento as mudanças que vem ocorrendo dentro do instituto familiar, colocando em destaque o companheirismo e o afeto. Recebendo o menor, uma maior atenção perante a família, tendo ainda a sociedade uma preocupação com relação ao menor, por este ser incapaz, não tendo como conduzir sozinho o caminho a trilhar para sua própria vida, necessitando o menor de certos cuidados especiais, por estar formando sua personalidade, podendo sofrer danos impossíveis de virem a ser reparados, refletindo por toda sua vida, pois ainda não possui sua capacidade de agir maduramente.

Tratando desta situação de “desvantagem”, por estar passando pela formação de personalidade, o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento. O conjunto de leis, visando à proteção integral da infância, contagiou a legislação brasileira com o princípio do melhor interesse da criança, devendo ser observado sempre, principalmente no que diz respeito a relações familiares que a envolva. Nota-se, então, que a afetividade e o melhor interesse da criança são aspectos indissociáveis, já que se sabe que toda criança precisa de afeto para desenvolver-se moral, espiritual e socialmente, e isso ela encontrará na família, que é um grupo social fundado essencialmente no amor. No Direito de família esse princípio já é observado pela jurisprudência nos casos que envolvem a guarda da criança.⁵⁸

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a seguinte redação, que fundamenta os interesses da criança:

⁵⁷ PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA <www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/condicoes.doc/ <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/39/60> >. Acesso em: 05 abr. 2011. 15:00.

⁵⁸ FREITAS, Joycemara Cristina Sales de. e SILVA, Tainá Moraes da. *A socioafetividade, suas peculiaridades e a emenda constitucional nº45/2004.* < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6052 > Acesso em: 03 abr. 2011. 19:00.

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

De modo que, como assegurado em lei, a criança e o adolescente não necessitam simplesmente do material para formação de sua personalidade, como também necessitam de dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar, para um crescimento saudável.

Encontramos ainda, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, mais um fundamento para o princípio do melhor interesse da criança, ao expor o dever da família, Estado e sociedade, de assegurar à criança “com absoluta prioridade” os direitos enunciados.

Ensina Ana Carolina Teixeira sobre o Estatuto da Criança e Adolescente, que este é formado pelos “princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando conduzir o menor à maioridade de forma mais responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida”. Tendo este princípio, não só a função de encontrar soluções para os conflitos, mas também, de buscar meios dessas soluções encontradas, saírem da teoria para valer na prática.⁵⁹

O Princípio do melhor interesse é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu art. 3º *in verbis*:

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

2- Os Estados - Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa

⁵⁹ CAMPELO, Vinícius Espíndola. *Princípios Norteadores Da Responsabilidade Parental*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/53963/1/PRINCIPIOS-NORTEADORES-DA-RESPONSABILIDADE-PARENTAL/pagina1.html#ixzz1CG7Of7kr> >. Acesso em 25 fev. 2011. 17:00.

finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

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

Nota-se no artigo acima transcrito a preocupação do legislador em inserir a criança como meta principal das ações públicas ou privadas a serem executadas, isto é, antes da implementação das ditas ações há que se considerar se ela está protegida (como sujeito de direitos que é), se os seus interesses estão sendo de fato respeitados.

Ressalta-se ainda, a necessidade dos Estados-Partes - aí entendidos os seus agentes, no caso brasileiro, por exemplo, os conselheiros tutelares, os promotores, os médicos, as assistentes sociais, os juízes, enfim todos aqueles que de algum modo desempenham atividades que se relacionem com a infância e a juventude - exercerem uma atividade de fiscalização com o fito de assegurar a proteção e o bem-estar das crianças e adolescentes, verificando, inclusive, se os responsáveis por elas estão agindo adequadamente ou se estão usurpando os seus deveres e, por conseguinte violando a lei.⁶⁰

Como já fora abordado, um ponto da convenção (CIDH) que merece destaque é o artigo 3.1 que dispõe: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. (DOLINGER, 2003, p.89)

O interesse da criança, individualmente considerada, para o autor, poderá conflitar com o interesse da coletividade das crianças ou com a ordem pública e entre outros princípios, sendo correto, portanto passar de “a consideração primordial” para “uma consideração primordial”, parecendo ainda, equivocada a versão vernacular da Convenção, como promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21

⁶⁰ PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_cap_02.pdf >. Acesso em: 29 dez. 2010. 18:45.

de novembro de 1990⁶¹, no qual o artigo 3.1 está assim redigido: “Todas as ações relativas às crianças [...] devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. “Or, a primary consideration”, como consta do texto inglês.

Há certos dispositivos na Convenção em que o interesse da criança é efetivamente o primordial, fundamental, exclusivo até, como visualizamos no artigo 18.1, por exemplo:

Os Estados-partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais tem obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

Cabe determinar quem decide o que corresponde ao melhor interesse da criança: a família ou o estado? Isto se resolve pelo disposto nos artigos 5,18, e 19 da Convenção, ao disporem, os dois primeiros, que os Estados-partes respeitarão as responsabilidades, direitos e deveres dos pais de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade, no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção (artigo 5), Van Bueren , em citação de Dolinger diz que duas considerações são os princípios que baseiam o exercício de todos os direitos contidos na convenção quais sejam, a evolução das faculdades da criança e os melhores interesses da criança; e que os Estados-Partes envidarão seus melhores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio que ambos os pais têm obrigações comuns para a educação e o desenvolvimento da criança (artigo 18),dispositivos que indicam claramente que a responsabilidade primeira e primária é dos pais da criança. (DOLINGER, 2003 p. 262 apud VAN BUEREN ,p.91)

Por outro lado, os Estados-membros têm a obrigação de proporcionar “assistência apropriada” aos pais para o desempenho de suas responsabilidades para com os filhos, como disposto no artigo 18.2 da Convenção (CIDH).

⁶¹ DECRETO Nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 13 dez. 2010.

Resulta-se então do conjunto dos dispositivos invocados um sistema de duas faces, em que, de um lado, o poder está nas mãos dos pais, que contam com assistência do Estado, e este, de outro lado, exerce supervisão sobre o desempenho dos pais, intervindo quando isto se tornar necessário para proteger a criança da eventual incompetência, negligência ou excesso dos pais (DOLINGER, 2003, p.90-92).

O reconhecimento e a utilização da doutrina jurídica da proteção e o princípio do melhor interesse da criança, no Brasil, decorreram da grande valorização legislativa da família oriunda do advento da Constituição Federal de 1988, em que aquela se consolidou como espaço de afetividade, desenvolvimento e realização dos seus membros e não mais como uma instituição que por si só deveria ser preservada, assegurando-se a paz domiciliar a qualquer custo.

Considerando-se a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente, devido à sua pouca maturidade e, por conseguinte inabilidade para gerir a própria vida, reconheceu-se que eles deveriam passar a desfrutar de maior proteção.⁶²

O conceito do melhor interesse da criança é encontrado em toda a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, fornecendo aos Estados Partes, numerosas obrigações para considerar os interesses de cada criança em causas e processos de decisão, sobretudo em direito de família: a separação dos pais (artigo 9º), as responsabilidades dos pais para seus filhos (artigo 18º), a privação do ambiente familiar (artigo 20º), adoção em relação à justiça juvenil (artigo 21º), a separação dos adultos em detenção [Artigo 37 (c)] [e a presença dos pais nas audiências de tribunal penal para questões envolvendo a criança [artigo 40º (2) (b) (iii)].

Também é importante notar que este conceito foi introduzido em outros instrumentos internacionais, incluindo a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Art. 23 (2), e a Convenção da Haia relativa à

⁶² PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510661_07_cap_02.pdf >.. Acesso em: 29 dez. 2010. 18:45

Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, I (art. 4 (b)).

O *interesse superior da criança* é um princípio jurídico fundamental de interpretação, desenvolvido para limitar a extensão da autoridade do adulto sobre a criança (além dos pais, profissionais, professores, médicos, juízes, etc.). O princípio é baseado no reconhecimento de que um adulto só está em condições de realizar decisões em nome de uma criança, porque ela ainda não possui completo entendimento de determinadas situações.

Este princípio deriva da Previdência (ou sistema de proteção), que desenvolveu no início do século XX e foi transformado pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança em uma regra que pode ser aplicada para determinar se alguns Estados, através dos seus julgadores, agiram de forma adequada e proporcional, considerando os melhores interesses da criança. Estes colocam uma ênfase significativa no direito da criança de, exercer a sua ou o seu direito de liberdade de expressão e de ter seus desejos ouvidos e considerados.

De acordo com o Manual de Implementação da CDC (Convenção Sobre os Direitos da Criança), a Declaração de 1959 dos Direitos da Criança, pela primeira vez incluiu este conceito no Princípio, que afirmou: "A criança gozará de proteção especial, na promulgação de leis para este fim, o princípio do melhor interesse da criança terá consideração primordial".

Da mesma forma, o artigo 16 (1) (d) prevê que, "em todos os assuntos relacionados ao casamento e à família, os interesses das crianças deverá ser prioritário".

Esta disposição, se o analisarmos como um todo, não inclui qualquer particular explicação de sua aplicação, fixar um direito especial ou precisa normas estaduais. Tem-se o seguinte princípio: "Os melhores interesses da criança serão uma consideração primária".

Atribui-se dois significados para esta expressão. Em primeiro lugar, este conceito é uma *regra do processo*: quando uma decisão deve ser tomada poderá afetar uma determinada criança ou um grupo de crianças, o processo de tomada de decisão deve considerar cuidadosamente os possíveis impactos (positivos e negativos) da decisão sobre a criança / criança em causa, e deve dar a esse impacto principal consideração ao pesar os diferentes interesses em pauta.

No entanto, esta é simplesmente uma regra processual. O artigo 3º (1) impõe a introdução desta etapa no processo de tomada de decisão, mas não impõe um determinado resultado.

Segundo o princípio do melhor interesse, é também uma das bases para um fundo direito: a garantia de que este princípio será aplicado sempre que uma decisão deve ser tomada a respeito de uma criança ou um grupo de crianças. Os Estados Partes têm a obrigação de criar mecanismos que facilitem a consideração dos interesses da criança, e deve proporcionar medidas legislativas para assegurar que aqueles com autoridade para tomar decisões sobre as crianças (juízes, por exemplo) deve-se considerar o melhor interesse regra, como uma questão de procedimento.

Ninguém sabe com certeza quais são os melhores interesses de uma criança especial ou grupo de crianças. Interesses devem ser avaliados pelos julgadores como parte de um processo onde as regras do processo serão aplicadas. A única entrada que um Estado-parte deve ter em relação a uma decisão em relação ao processo decisório em si.

No entanto, é evidente que o princípio do melhor interesse deve respeitar a importância de cada criança como um indivíduo com opiniões e a curto e longo prazos, as perspectivas de meio de vida da criança; tendo em conta que a criança é um ser humano em desenvolvimento.

Uma interpretação que não seja *culturalmente relativista* ou nega a outros direitos de CRC, do CDC, por exemplo, o direito à proteção contra tradicionais práticas nocivas e os castigos corporais.”⁶³

Mário Luiz Ramidoff, ao tratar dos Direitos das Crianças e Adolescentes, afirma que "O desafio do direito, hoje, certamente é o de operar mudanças sócio-culturais indispensáveis para implementação nem tanto coercitiva, quanto voluntária acerca dos valores humanitários democraticamente consagrados na lei." (RAMIDOFF, 2008, p.141)

No Estado Democrático de Direito a norma só é legítima se fundada na vontade popular. Nos períodos imediatamente posteriores a fatos históricos que induziram de alguma forma ojeriza nas pessoas a instituição de regramentos protetivos é mais espontânea, isto por causa do choque experimentado. Observa-se que nestes casos o comprometimento com a nova legislação é maior.

No que tange o Direito protetivo próprio às crianças e adolescentes, é possível afirmar que este foi um triunfo da Constituição da República de 1988.⁶⁴

Apesar destas inovações, segundo Mário Luiz Ramidoff (2008, p.141):

[...] diversos órgãos públicos de execução que atuam no Sistema de Justiça ainda não se deram conta da existência da teoria jurídica especial que se formou ao redor da doutrina da proteção integral. Isto porque se percebe nas decisões judiciais a fundamentação em dispositivos que apesar de pertinentes [...] não se orientam pela doutrina da proteção integral.

Ou seja, apesar de existir previsão constitucional da proteção das crianças e adolescentes, ainda não foi superada por completo a necessidade de metodizar esta

⁶³ ZERMATTEN, Jean. *The Best Interests of the Child* : Literal Analysis, Function and Implementation. Disponível em: < www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf >. Acesso em: 05 jan. 2011. 15:00.

⁶⁴ BERGSTEIN, Laís Gomes. *As novas disposições protetivas das crianças e adolescentes e a problemática da efetivação destes direitos*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/28839/1/As-novas-disposicoes-protetivas-das-criancas-e-adolescentes-e-a-problematica-da-efetivacao-destes-direitos/pagina1.html#ixzz1EtvnFGn6> >. Acesso em 30 mar. 2011. 14:00

nova teoria jurídica em consonância com a nova orientação, qual seja a da proteção integral.

Os direitos das Crianças e Adolescentes foram elevados hierarquicamente no ordenamento jurídico na medida em que se percebeu que esta categoria social diferencia-se das demais por se tratar de pessoas ainda em fase de desenvolvimento. Estatuiu-se, portanto, que a efetivação das prerrogativas desse público deve ser assegurada com absoluta prioridade. Nada mais justo do que defender, por todos os meios possíveis e com instrumentos específicos, a pessoa em desenvolvimento. (RAMIDOFF, 2008, p.221)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) além de regulamentar a proteção integral que se destina a proteger a infância e a juventude(art.1º), bem como a designar criança e adolescente como sujeitos de direito(art.3º) e, assim, conceituá-los (art.2º), também lhes reconhece a titularidade de garantias fundamentais (Art. 4º). A titularidade desses direitos e garantias advém da qualidade jurídico-legal(constitucional e estatutária) de poder ser sujeito de direito.(RAMIDOFF Apud FREITAG, Bárbara, 2005, p. 02)

3. DIREITO DE GUARDA

As novas formas de configuração familiar decorrentes da dissolução de casamentos e uniões estáveis, bem como a nova divisão dos papéis na família provocam demandas judiciais de disputa de guarda.

Ao decidir questões de guarda, faz-se necessário reconhecer essas novas configurações vinculares, porém sem perder de vista uma questão ética que se impõe sempre: privilegiar o maior interesse da criança. Esse princípio consolidou-se na cultura e é hoje valor tutelado pelo Estado. Os sistemas jurídicos mais avançados são regidos por esse princípio supralegal – o do melhor interesse da criança - que desde 1989 passou a integrar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio está implícito no texto da Constituição Federal , no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

No entanto, a lei não define o que seja “superior interesse da criança”, deixando ao arbítrio do magistrado investigar se estão sendo observados tais interesses, que estão acima dos interesses dos adultos, por mais legítimos que sejam. Na maioria das vezes, os genitores esquecem esse superior interesse quando acontece a dissolução do casamento ou da união estável e se estabelecem disputas judiciais de guarda.

A aplicabilidade desse princípio exige um esforço de todos os envolvidos nos processos judiciais: partes, juízes, representantes do Ministério Público, advogados. A busca da solução mais adequada para as disputas ou para os novos arranjos de guarda exige uma integração interdisciplinar que envolve também técnicos como: assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras e psicanalistas. (GUIMARÃES, A. C. S. e GUIMARÃES, M.S., 2003 p. 118)

Paul Beaumont e Peter Mceleavy, partindo da premissa de que as crianças ilicitamente transferidas ou retidas devem ser ordinariamente devolvidas para o lugar de sua residência habitual, verificam que é preciso primeiro, determinar o que seja

retenção e remoção ilícitas. A resposta está disposta no artigo 3 da Convenção da Haia, que afirma que a remoção ou retenção será considerada ilícita onde estiver em violação do direito de guarda de fato exercida:

If one starts from the premiss that wrongfully removed or retained children should ordinarily be returned to the place of their habitual residence, one must first determine how to qualify what constitutes a wrongful removal or retention. This is set out in Article 3, which states that a removal or retention will be considered wrongful where it is in breach of actually exercised custody rights. (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 45)⁶⁵

Artigo 3º - 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.

Para os devidos autores o sucesso não se limita a garantir que todas as crianças estejam sujeitas a uma retirada unilateral ou queda de retenção, dentro dos termos da Haia. Pelo contrário, em qualquer caso de abdução há reivindicações concorrentes de outros indivíduos envolvidos na educação da criança:

⁶⁵ “Se partirmos da premissa de que as crianças ilicitamente transferidas ou retidas devem ser ordinariamente devolvidas para o lugar de sua residência habitual, é preciso primeiro determinar a forma de qualificar o que seja retenção e remoção ilícitas. Isso é definido no artigo 3 da Convenção da Haia, que afirma que a remoção ou retenção será considerada ilícita onde estiver em violação do direito de guarda de fato exercida.” (Tradução nossa)

[...] “success is not merely limited to ensuring that all children subject to a unilateral removal or retention fall within the terms of convention.” (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 45).⁶⁶

Analisando-se o artigo 3º dá-se a origem de uma circularidade inevitável da lógica: os direitos de guarda são determinadas de acordo com a lei do estado do filho de residência habitual, mas a residência habitual da criança, na maioria dos casos, passa a ser derivada pela residência de seu guardião ou sua guardiã. Teoricamente, este é um problema insolúvel, mas a jurisprudência indica que ele não tem dado origem a qualquer problema na prática.

(...) However the drafting of Article 3 does give to an inevitable circularity of logic: custody rights are determined in accordance with the law of the child’s State of habitual residence, but the child’s habitual residence will in most instances be derived from his or her custodian(s). Theoretically this is an intractable problem, but the case law indicates that it has not given rise to any problems in practice. (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 46)⁶⁷

Beaumont e McEleavy, sustentam que:

(...)“O direito de guarda representa um elo de identificação legal entre um indivíduo e a criança. Caso esse direito seja violado, o responsável legal, em desvantagem, poderá peticionar para obter o seu restabelecimento. Presente o status quo ante deve-se levar em conta os interesses da criança, pois ele seria devolvido ao seu ambiente doméstico e, possivelmente, estar entre seu principal guardião.” (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 86).

Dispõe o original:

(...) “a custody right represents an identifiable legal link between an individual and a child. If that right is breached, the legally responsible individual who has been disadvantaged will be able to petition for its restoration. Moreover this reestablishment of the status quo ante

⁶⁶“O sucesso não se limita a garantir que todas as crianças estejam sujeitas a uma retirada unilateral ou queda de retenção, dentro dos termos da Haia. Pelo contrário, em qualquer caso de abdução há reivindicações concorrentes, reclamações de outros indivíduos envolvidos na educação da criança”. (Tradução nossa)

⁶⁷No entanto, a redação do artigo 3º dá origem a uma circularidade inevitável da lógica: os direitos de custódia são determinados de acordo com a lei do estado do filho de residência habitual, mas a residência habitual da criança, na maioria dos casos, passa a ser derivada pela residência de seu guardião ou sua guardiã. Teoricamente, este é um problema insolúvel, mas a jurisprudência indica que ele não tem dado origem a qualquer problema na prática. (tradução nossa)

should be in the child's interests, for he would be returned to his home environment and possibly be reunited with his primary carer. Indeed when the convention was drafted it was believed that this would occur in the overwhelming majority of cases. Therefore, there was near total unity of purpose in protecting the breached custody right and in protecting the abducted child". (BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p. 86).⁶⁸

No livro *The Hague Convention On International Child Abduction* os autores demonstram também que se o direito violado for o direito de decidir sobre o lugar de residência da criança, a ligação da criança com o seu antigo lar pode ser menor e seu sentimento de perda também pode ser mais limitado. Ainda, tendo sido o direito de guarda violado, não importa se é apenas visto como um direito limitado, a criança deve ser enviada de volta ao seu ambiente doméstico para o seu futuro ser decidido lá, de acordo com critérios objetivos. Dispõe o original abaixo:

(...)Where this is the case and the breached right is the right to determine the child's place of residence, the child's link with his former home may be less and his sense of loss may also be more limited. Nevertheless, a return order should still be made. If a right of custody has been breached, no matter if it is only perceived to be a limited right, the child should be sent back to his home environment for his future to be decided there in accordance with objective criteria. This is the only means of ensuring fairness to all the parties involved. Furthermore, it upholds the child's right not to be wrongfully removed or retained abroad and it provides an appropriate basis for the child to have meaningful contact with both parents.⁶⁹(BEAUMONT e MCELEAVY, 1999, p.87).

⁶⁸“O direito de guarda representa um elo de identificação legal entre um indivíduo e a criança. Caso esse direito seja violado, o responsável legal, em desvantagem, poderá peticionar para obter o seu restabelecimento. Além disso, presente o status quo ante deve-se levar em conta os interesses da criança, pois ele seria devolvido ao seu ambiente doméstico e, possivelmente, estar entre seu principal guardião. De fato, quando a Convenção foi redigida, acreditava-se que isso ocorre na maioria esmagadora dos casos. Portanto, havia unidade total, perto de propósito em proteger o direito de guarda violado e em proteger a criança raptada”. (tradução nossa)

⁶⁹“...se o direito violado for o direito de decidir sobre o lugar de residência da criança, a ligação da criança com o seu antigo lar pode ser menor e seu sentimento de perda também pode ser mais limitado. Ainda, tendo sido o direito de guarda violado, não importa se é apenas visto como um direito limitado, a criança deve ser enviada de volta ao seu ambiente doméstico para o seu futuro ser decidido lá, de acordo com critérios objetivos. Este é o único meio de assegurar justiça para todas as partes envolvidas. Além disso, defende o direito da criança de não ser ilicitamente transferida ou retida no exterior e proporciona uma base adequada para a criança a ter contato significativo com os pais.” (tradução nossa)

Importa também citar o Artigo 5º da Convenção da Haia de 1980, que dá a liberdade ao guardião da criança decidir onde a criança irá residir e o direito à visita.

Art.5º. 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; (grifo nosso)

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.²⁴

Percebe-se que, ao objetivar que as relações parentais sejam exercidas dentro da legalidade e que os vínculos familiares não sejam quebrados por atitudes unilaterais de qualquer dos pais. A Convenção da Haia nada mais fez do que proteger os melhores interesses de crianças e preservar a dignidade que a condição humana lhes garante. No Brasil, o Decreto n. 3413 de 14 de abril de 2000 promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade da Haia, em 25 de outubro de 1980, trazendo seus principais pontos e sendo aplicado às situações de conflitos jurisdicionais brasileiras.

Com isso, a Convenção da Haia estabeleceu que os Estados-Partes devem cooperar entre si com o objetivo de restituir ao país de residência habitual toda e qualquer criança que tenha sido objeto de retenção ou transferência internacional ilícitas, isto é, quando há violação do direito de guarda de um dos genitores ou de qualquer outra pessoa ou instituição responsável pelo menor (artigo 3º).

Note-se que o pedido de restituição é cabível não só nos casos em que a guarda esteja sendo exercida de forma exclusiva por um dos genitores, mas também, quando tal direito esteja sendo exercido de forma compartilhada - quer seja na vigência de uma relação conjugal, quer seja em situação de separação do casal - em razão de normas do ordenamento jurídico do país de residência habitual, por decisão judicial ou, ainda, por acordo celebrado entre os genitores.

Importante ressaltar, porém, que o direito de guarda, exclusivo ou compartilhado, deve estar sendo efetivamente exercido no período imediatamente

anterior à subtração ou retenção ilícita. Além disso, cabível a restituição da criança ao local de residência habitual sempre que aquele que estiver requerendo tal medida seja titular de "direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança" e/ou detenha o "direito de decidir sobre o lugar da sua [da criança/adolescente] residência".⁷⁰

Para a autora Maria Berenice Dias (2007, p.393-395),

a lei brasileira cuida da guarda dos filhos em oportunidades distintas: quando do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (CC 1.611 e 1.612) e quando da separação dos pais (CC 1.583 a 1.589). Nos dois momentos não dá importância mínima para a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição nem para tudo que o Estatuto da Criança e do Adolescente dita a respeito da tutela do melhor interesse de crianças e adolescentes.

O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. Está exclusivamente na esfera familiar a definição de quem fica com os filhos em sua companhia (CC 1.583). Também no que diz com a visitação dos filhos pelo genitor que não detém a guarda, prevalece o que for acordado entre os pais (CC 1.589).

O estado de beligerância que se instala com a separação dos pais, acaba, muitas vezes, refletindo-se nos próprios filhos, que são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Passa a haver verdadeira disputa pelos filhos, além de excessiva regulamentação de visitas, com a previsão de um calendário minucioso, exauriente e inflexível de dias, horários, datas e acontecimentos.

Mesmo que a definição da guarda e da visitação esteja a cargo dos pais, o que for acordado depende da chancela judicial, o que só ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de separação consensual se tratar (CPC, art. 121, II)-nas demandas litigiosas, com muito mais razão. Evidenciando que o acordado não atende aos interesses dos filhos, o juiz pode deliberar de forma diversa, tendo até a faculdade de não homologar a separação (CC art. 1.574, parágrafo único).

Quando a guarda for compartilhada, assim que houver o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, sempre haverá uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos com

⁷⁰ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Sequestro internacional de crianças. Brasília, 2009. Disponível: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplatelmagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id_site=4922>. Acesso em: 15 de set. 2010, às 15 horas.

relação à prole: sendo deferida a guarda em favor de um, é assegurado ao outro, de forma tarifada, exclusivamente o direito de visitação.

Há países em que o genitor detentor apenas do direito à visita, pode opinar sobre com qual dos genitores a criança está convivendo melhor, e conforme for, o genitor detentor da guarda definitiva pode transferir a totalidade de sua guarda mediante um acordo, para aquele que só possuía o direito a visita, se ambos concordarem com o que está sendo melhor para a criança. Na verdade, isso é o que se espera de casais separados: que decidam amigavelmente pela composição guarda/visitas ou guarda compartilhada. Caso não cheguem a um consenso, o Judiciário deve ser acionado para solucionar a lide.

A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.

E é sabido que quem mais sofre com estes problemas enfrentados por casais, são os filhos. Portanto, deve-se atribuir à eles total responsabilidade e atenção, não lhes deixando faltar nada, principalmente o carinho da família.

3.1. Direito Convencional de Guarda

A Convenção da Haia reconhece o *Direito Convencional de Guarda* como o direito que, se ofendido, atrai a sua aplicação (para fins de restituição de crianças aos países de residência habitual). Foi estabelecido desse modo porque cada país, além apresentar nomenclaturas variadas (i. e. guarda *tenência*, *custodia custody*, *guardianship*, etc.), possui normas próprias relativamente aos direitos que compõem o Poder Familiar, principalmente, quando é necessário acomodá-los, seccioná-los ou dividi-los entre pais que não coabitam.

Assim, os elementos estabelecidos para o chamado Direito Convencional de Guarda (art. 5.º, “a”, da Convenção) são mais genéricos. Isso pode redundar no reconhecimento desse dito Direito Convencional de Guarda em arranjos sobre a divisão do Poder Familiar que, em conformidade com ordenamentos jurídicos

internos, normalmente, não seriam chamados de guarda (exclusiva ou compartilhada). Exemplificando: Um casal se separa e a sentença judicial diz que (i) a mãe tem o direito de guarda do filho comum; (ii) o pai terá direito de visitas, para ter o filho em sua companhia durante todos os finais de semana; e (iii) a mãe somente pode transferir a residência da criança para outro país com a autorização do pai. Nesse caso o pai, apesar de ter recebido direito denominado "visitas", é portador de *direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança* (nos finais de semana, quando estiver em sua companhia) e do *direito de decidir sobre o lugar da residência do menor*. Ou seja, a composição do direito que o pai recebeu, apesar de não ser denominado de "guarda", inclui os elementos estabelecidos na alínea "a" do art. 5.º da Convenção e, por isso, deve ser reconhecido como Direito Convencional de Guarda - somente para os fins da Convenção, ou seja, para pleitear restituição por transferência indevida para outro país, cumpre salientar.⁷¹

3.1.2. A Residência Habitual

A prevalência do critério residual foi introduzida pelas Convenções da Haia, mais fácil de qualificar e detectar (mas com a desvantagem de ser mais facilmente alterável). A conexão da residência habitual aparece na Convenção da Haia, de 1956, sobre a lei aplicável às obrigações alimentares das crianças, e se firma na série de convenções sobre alimentos, adoção e sequestro de crianças.

Importante alteração da Convenção de 1996 em relação à de 1961 é de que nesta a relação legal entre pais e filhos é regida pela lei de nacionalidade, sendo que para medidas protetoras, a autoridade competente tanto pode ser a do país da residência habitual como a da nacionalidade do menor, cada uma aplicando sua própria lei, enquanto pela Convenção de 1996, a relação entre pais e filhos é regida pela lei de residência habitual, que aplicará sua própria lei, resultando na coincidência do sistema jurídico aplicável tanto na relação puramente jurídica como na relação judiciária administrativa. (DOLINGER, 2003, p.131-132)

⁷¹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Sequestro internacional de crianças*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenaao=1&id_site=4922>. Acesso em 15 set. 2010. 15:00

Para Beaumont e Mceleavy (1999,p.89):

A força da residência habitual no contextualizado direito de família é derivado da flexibilidade que tem de responder às demandas de uma sociedade moderna e "mobile"; uma característica que nenhum domicílio ou nacionalidade pode fornecer.

A capacidade da residência habitual para identificar o fórum mais adequado em cada caso específico, tradicionalmente emanava-se no que aparentava destaque em grande parte factual, ou seja, se uma pessoa tem vivido em um lugar particular durante um período de tempo, apesar de pequenas ausências, ele ou ela vai ser considerada a ser costumeiramente residente naquele determinado lugar.

A importância da sua residência habitual no contexto da Convenção tem sido notável. Ele não vai apenas indicar a lei pessoal da criança e, portanto, determinar em qual situação o direito de guarda existe, ele continuará a servir, na maioria dos casos, para designar o Estado ao qual a criança retida indevidamente ou removida deve ser devolvida.⁷²

O grande problema atualmente é saber se essa residência habitual trará mais benefícios do que prejuízos à criança, mas essas questões dependerão das normas internas de cada Estado e quando as normas internacionais devem ser aplicadas.

3.1.3. Manifestação da Criança

Uma das principais inovações da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança é o dispositivo do artigo 12 sobre a importância de ouvir a criança em assuntos que a afetam. A regra está assim disposta:

⁷²No original: "The strength of habitual residence in the context of family Law is derived from the flexibility it has to respond to the demands of a modern, mobile society; a characteristic which neither domicile or nationality can provide.

The ability of habitual residence to identify the most appropriate forum in any given case has traditionally emanated from it's largely factual emphasis, that is to say, if a person has lived in a particular place over a period of time, not with standing short absences, he or she will be deemed to be habitually resident there.

The importance of habitual residence in the context of the Convention has previously been noted. It will not only indicate the personal law of the child and therefore determine whether any custody rights exist, it will further serve, in the majority of cases ,to designate the State to which a wrongfully remove do retained child should be returned." (tradução nossa)

Art.12

1. Os Estados-Partes garantirão à criança, que é capaz de formar sua própria opinião, o direito de expressá-la livremente em todos os assuntos que a afetam, sendo esta opinião tomada na devida consideração, de acordo com sua idade e sua maturidade.

2. Para esta finalidade, a criança deverá ter a oportunidade de ser ouvida em qualquer processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de uma instituição apropriada, na conformidade das regras processuais da lei local.

No artigo seguinte a convenção garante à criança liberdade de expressão, que inclui o direito de procurar, receber e conceder informações e idéias de qualquer natureza, direitos estes que poderão ser restringidos por lei, a fim de proteger os direitos e a reputação de terceiros, e para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde pública ou os bons costumes. A manifestação da criança foi colocada na convenção em termos que a enquadram no princípio da ordem pública no direito internacional privado, constituindo sua falta em uma sentença estrangeira, obstáculo ao seu reconhecimento.

Sobre a idade em que a criança já tem discernimento para expressar sua opinião, nada foi especificado pelas convenções, podendo-se fazer a seguinte dedução: como a convenção sobre Sequestro deixa de se aplicar quando a criança atinge 16 anos de idade, por determinação de seu artigo 4º, e como em seu artigo 13 admite ouvir a criança se tiver idade e discernimento, conclui-se que antes de alcançar a idade de 16 anos já pode ser considerada com maturidade suficiente para expressar o que pensa sobre a medida solicitada. A aferição da maturidade da criança dependerá em cada caso, do entendimento da autoridade judicial.

Adayr Dyer, que no desempenho de seu importante cargo na secretaria permanente da Conferência de Direito Internacional da Haia, dedicou-se durante anos às questões internacionais da criança, e assim teve acesso à jurisprudência de considerável número de países, concluiu que é raro considerar decisiva a manifestação de uma criança de menos de 11 anos ou que a manifestação de uma criança com mais de 12 anos não seja julgada decisiva. A respeito da manifestação da criança há interessante voto divergente na mais alta corte dos Estados Unidos. (DOLINGER, 2003, p.129-130).

3.2. O caso “Sean Goldman”

Sean Goldman, filho da brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro e do norte-americano David George Goldman, conviveu com os seus pais, nos E.U.A, de 2000 a 2004. Em junho de 2004, o menor veio com sua mãe para o Brasil, com autorização do pai, com data de regresso marcada para 11 de julho de 2004. No entanto, a mãe decidiu ficar com ele no Brasil.

O norte-americano ajuizou ação junto à 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro sob o processo de número 2009.51.01.018422-0, buscando reaver a guarda do menor. Ao mesmo tempo, a brasileira propôs pedido de guarda exclusiva da criança. Nos dois processos, a nossa justiça deu preferência aos argumentos apresentados pela mãe, mantendo a decisão até as últimas instâncias.

Bruna Bianchi contrai novo casamento. Entretanto, em agosto de 2008, Bruna faleceu prematuramente. O pai biológico (norte-americano) e a família do "padrasto" brasileiro travaram, a partir de então, uma intensa briga jurídica e política pela guarda do filho, que chegou às mais altas instâncias do Poder Judiciário e foi tema de reuniões entre os Presidentes Lula, Barack Obama e a Secretária de Estado americana Hillary Clinton.

David Goldman conseguiu apoio da Autoridade Central dos Estados Unidos, que encaminhou um pedido de cooperação internacional ao Estado brasileiro, alegando que, uma vez falecida a mãe (que efetivamente detinha a guarda da criança, nos termos das decisões brasileiras), a criança estaria sendo retida no Brasil, de forma indevida, por pessoa não detentora do direito de guarda. Indicou que tal fato afronta a Convenção da Haia, de 1980, ratificada pelo Brasil em 2000 (pelo Decreto nº 3.413/00).

Em junho de 2009, o juiz da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro determinou o retorno do menor ao seu pai americano, em 48 horas. Contudo, no dia seguinte, um partido político entrou com ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, alegando que a entrega da criança ao pai estrangeiro afrontaria um direito fundamental estampado na Constituição Federal. O ministro do Supremo Tribunal Federal - STF Marco Aurélio concedeu a liminar suspendendo a entrega da criança ao pai biológico.

Por fim, em dezembro de 2009, o Ministro Gilmar Mendes decidiu que existiriam ao menos seis motivos suficientes para cassar a liminar anteriormente concedida, fazendo com que a criança fosse devolvida ao pai biológico norte-americano. Desde então notícias sobre a situação do menino Sean nos Estados Unidos têm sido veiculadas, resta saber até que ponto são verdadeiras.

Qual seria a melhor interpretação do direito brasileiro? Manter a criança com seus avós brasileiros ou entregá-la ao pai estrangeiro? Na verdade, a mesma questão pode ser feita de outra forma... o que é melhor: dar ênfase ao bem-estar da criança ou fixar a decisão na análise de um mandamento pré-fixado, capaz de decidir inúmeras questões semelhantes?

A Convenção da Haia prevê, em seu artigo 12, que o retorno da criança não ocorrerá se for comprovado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio. Também indica que, se a criança estiver adaptada ao seu novo meio, não deve ser extraditada.

Ademais, deve-se observar também que Sean vivia em um núcleo familiar, tendo como referência afetiva seus avós maternos. Sean cursava regularmente a escola, convivendo com amigos e praticando atividades extracurriculares que aumentavam sua cultura e sua sociabilidade. Neste sentido, uma mudança repentina para os EUA, não poderia representar efetiva violência psicológica na sua formação?

Muitos entendem que a parte final do artigo 13, da Convenção da Haia sobre o Sequestro deveria ter sido observada pelo STF, ou seja, Sean, mesmo com nove anos, deveria ter sido ouvido para manifestar sua opinião sobre a situação. Como não foi "oficialmente" ouvido pelos julgadores, os dois lados se sentiram confortáveis para propalar, a quem quisesse ouvir, que o menino havia lhe confessado uma eventual preferência!

Contudo, a decisão do STF contemplou essa questão. Segundo Gilmar Mendes, o laudo elaborado por psicólogos trazia importante observação sobre este pedido feito pela avó materna em suas petições. De acordo com o Ministro do

Supremo, essa questão de ouvir a criança já teria sido debatida pelo TRF-2, no julgamento de mérito do caso:

Restou claro, pelo que consta do laudo pericial, que o menor não está apto a decidir sobre o que realmente deseja, seja pelas limitações de maturidade inerentes à sua tenra idade, seja pela fragilidade de seu estado emocional, seja ainda, pelo fato de já estar submetido a processo de alienação parental por parte da família brasileira.

Em resumo, a criança não foi ouvida pelos julgadores, pois os psicólogos que a ouviram indicaram que a criança não teria condições de expressar sua real vontade.

Art. 13 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.

Outro problema que deve ser encarado para que o leitor tenha uma opinião mais precisa sobre o assunto diz respeito à suposta condição da criança no Brasil. Ela, afinal, foi seqüestrada e trazida ilegalmente ao nosso país? Uma vez concedida a autorização judicial brasileira, para a guarda exclusiva da mãe, a criança continuaria nesta condição de "seqüestrada"? Conforme citado anteriormente, o pai tinha plena consciência de que a mãe levaria o filho ao Brasil, mas supunha que, após as férias, esposa e filho retornariam ao lar, o que acabou não ocorrendo!

O artigo 16 da Convenção da Haia trouxe uma regra específica de competência, que praticamente encerraria a discussão. É neste artigo que encontra-se inserida a norma de direito internacional privado.

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.

Assim, pela Convenção da Haia, pouco importaria o período de tempo que a criança permaneceu neste ou naquele país (a saber, Sean residiu 4 anos nos Estados Unidos e 5 anos no Brasil, a espera de uma decisão da justiça brasileira). Aliás, seria um contra-senso entender que, pelo simples lapso temporal, uma determinada ordem jurídica pudesse ser substituída por outra, principalmente em países nos quais a demora do Poder Judiciário possa colocar em risco uma decisão mais acertada.

Por este motivo, em uma primeira análise, o Brasil não teria, aparentemente, competência para decidir questões como a guarda da criança (por este entendimento, todas as decisões brasileiras seriam nulas, devido à incompetência em razão da matéria). Seria competente apenas um juiz do país de "residência habitual" da criança, o que no caso foi entendido como os Estados Unidos. Esta seria um possível solução para o caso, observando-se exclusivamente o teor da Convenção da Haia.

Todavia, a decisão trazida pelo Ministro Gilmar Mendes avançou por outro lado, qual seja aceitar e manter plenamente válidas as decisões judiciais brasileiras, indicando que a decisão do TRF-2, que obrigou a imediata devolução da criança, não seria afronta aos direitos fundamentais da criança ou dos avós. O STF, ao decidir desta forma, tão somente se ateve a uma questão de cunho processual (decidindo se o Habeas Corpus era ou não o instrumento correto para questionar uma decisão do TRF-2, ou se o STF era órgão competente para reavaliar determinadas decisões das instâncias judiciárias inferiores) dando um cunho coadjuvante à análise do caso perante a Convenção da Haia ou aos interesses da criança. Contudo, ao decidir desta forma, firmando a validade das decisões brasileiras, manteve-se aberta aos familiares a possibilidade de visitação ao menor, posto que a decisão anterior, do TRF, já previa essa situação:

Observemos o que diz a Convenção:

Conforme o artigo 1º - 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. (grifo nosso)

O retorno de Sean aos EUA foi determinado principalmente porque restou provado que os parentes brasileiros o estavam submetendo a processo de Alienação Parental. Provavelmente, o Poder Judiciário norte-americano identificou (assim como o Poder Judiciário brasileiro) que parentes brasileiros estejam causando danos psicológicos a Sean.

Ocorre que, atualmente, conforme noticiado na mídia, nem sempre de forma verídicas, os familiares brasileiros de Sean têm enfrentado dificuldades de comunicação com o menor e quando recebem alguma mensagem por celular ou e-mail, são sempre curtas, e sempre enviadas pelo celular de David, por isso não sabem dizer realmente se o menor está bem, e com a recente morte do avô materno de Sean ocorrem mais especulações e incertezas sobre o desfecho do caso. A Justiça de Nova Jersey negou, em caráter definitivo, no dia 18 de fevereiro do corrente ano, o pedido de visita dos avós maternos ao menino. A família, muito abalada, tem feito inúmeras tentativas para, tão somente, visitar o menino; todas em vão. No mês de dezembro do ano passado, os advogados da família, Carlos Nicodemos e Frans Nedertigs, requereram a aplicação da Convenção da Haia para que houvesse uma visita consular à criança, já que a avó não tem notícias da atual condição física e emocional de Sean.⁷³

Maria Berenice Dias afirma “ser escassa a regulamentação do direito de visita no Código Civil Brasileiro. É assegurado ao pai, em cuja guarda não está o filho, o direito de visitá-lo e de tê-lo em sua companhia, conforme o que foi acordado com o outro genitor ou fixado pelo juiz.

⁷³ NERY, Daniel Christianini. O CASO SEAN, a legislação brasileira e o Direito Internacional. Disponível em: <http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=542:o-caso-sean-a-legislacao-brasileira-e-o-direito-internacional&catid=15:direito&Itemid=44>. Acesso em: 21 fev. 2011. 19:00

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe; é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça o vínculo paterno e materno filial. A melhor expressão a ser utilizada deveria ser *direito de convivência*, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Olvidou-se o legislador de atender às necessidades psíquicas do filho de pais separados. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor. (DIAS, 2007, p.397-398).

O direito de visita não encontra limite entre pais e filhos. Quanto mais se reconhece a importância da preservação dos vínculos afetivos, vem se desdobrando o direito de visita também a parente outros. Assim, avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, quando os elos de afetividade existente merecem ser resguardados. (DIAS, 2007, p.399).

O menor não teria o direito de obter informações, o direito de visitar de vez em quando seus familiares no Brasil? Ou seus familiares brasileiros o visitarem nos Estados Unidos? A medida que tem sido tomada pelo direito brasileiro para solucionar tais casos seria a mais correta? Já que não podemos interferir nas normas do Estado de Nova Jérsei, não deveria aplicar-se a Convenção da Haia na questão do direito à visita? Quem está com a razão, o pai biológico de Sean ou a família brasileira?

As respostas destas indagações nem sempre são precisas, e ninguém tem a verdade absoluta de nenhuma delas. O que não se pode é julgar o verdadeiro correto na história, pois não se sabe quem realmente está certo. O que sabemos é que existem normas e elas deveriam ser aplicadas, e quem mais sofre com esta situação é o menino Sean.

CONCLUSÃO

O Princípio do Melhor Interesse da Criança tem sido atendido pelo Estado brasileiro ao dar cumprimento a um pedido de cooperação jurídica internacional com base na Convenção da Haia de 1980, por intermédio da aplicação e interpretação de três diplomas legais, ou seja, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Sobre os Direitos da Criança, os quais compõem um valioso instrumental jurídico para a proteção da criança e do jovem, possibilitando a diminuição das mazelas que afligem essa vulnerável parcela da população.

O ECA, na busca de garantir seus objetivos, deixa bem claro que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Tais objetivos estão escorados no princípio do melhor interesse da criança (the best interest of the child, em inglês). Mas, verdadeiramente, a doutrina da proteção integral teve seu nascedouro no IX Congresso Panamericano Del Niño (Caracas, 1948) e no X Congresso Panamericano Del Niño (Panamá, 1955). Tendo sua consolidação se dado no Congresso Panamericano (Mar Del Plata, 1963) e na Convenção Internacional de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (1969), que, em seu art. 19, estabeleceu: "Toda criança tem o direito de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado."

No Brasil, de forma a já denunciar as dificuldades que seriam encontradas e combatidas pelos operadores da lei, a doutrina da proteção integral só foi prevista na Constituição de 1988, que em seu art. 227, trouxe a questão do menor como prioridade absoluta, dever da família, sociedade e estado. Mas, tal dificuldade de observação aos direitos da criança e do adolescente, não se deixou revelar apenas

aí. A própria Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU, que só se deu em 20 de novembro de 1989, foi assinada pelo Brasil apenas em 26 de janeiro de 1990, isso por intermédio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, que foi promulgado pelo Presidente da República através do Decreto No. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Desta forma, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Seguindo o que determina o ECA, todos têm a obrigação, por força de Lei, agindo de forma cogente. E norma cogente é a norma que garante a segurança de seus destinatários. Estas normas estão nas leis que fazem Direito Privado; tendo sido o Estado criado para garantir a segurança das relações jurídicas. Ora, se temos que no Direito Privado a norma cogente visa à garantia da segurança do direito de seus destinatários, é lógico que no Direito Público ela tem de se fazer muito mais observada e respeitada, pois o interesse público, coletivo, difuso, é muito mais importante que o privado, pois bem jurídico do qual se ocupa é o interesse público.

Na interpretação do ECA, deve ser levado em consideração os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas, repita-se: em desenvolvimento.

Dentro da prática diária no labor jurídico, o que temos observado é a grande dificuldade de operacionalização do ECA, no tocante às execuções das medidas socioeducativas e protetivas que são aplicadas aos menores infratores. Sendo que, ironicamente, é o Estado o primeiro a deixar de cumprir os preceitos por ele mesmo estatuídos.

O que vemos? Insuficiências e deficiências na atuação do mesmo visando à garantia do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, da criança e do adolescente, em condições de liberdade e de dignidade; para que possa, desta forma, atingir seus objetivos decorrentes que são os de assegurar, com absoluta

prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, à toda criança e adolescente.⁷⁴

O princípio do melhor interesse da criança exige que os Estados se comprometam a aplicar medidas legislativas, administrativas e judiciais valendo-se do princípio do melhor interesse nas suas decisões e ações diretas para a efetiva garantia dos direitos das crianças.

Outro aspecto importante que devemos considerar é a dimensão política deste princípio que requer que os legisladores façam perguntas básicas sobre o potencial impacto da legislação pertinente, decretos e normas. Será que tais leis, decretos ou existem regras que não têm um potencial impacto sobre as crianças? Entre todo o Estado parte no CRC (Committee on the Rights of the *Child* - “Convenção sobre os direitos das crianças”), posso dizer com certeza que estamos muito longe do cumprimento desta obrigação especial.⁷⁵

A Convenção da Haia não visa tirar as crianças permanentemente dos pais sequestradores e muito menos puní-los. A penalização do ato de deslocamento de de uma criança de seu habitat normal para outro país levaria o sequestrador e, conseqüentemente, a criança sequestrada, a se refugiar, dificultando mais ainda sua localização. A idéia é tudo fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível manter o contato com ambos os pais, mesmo se estes estiverem vivendo em países diferentes. Daí a procura de uma solução para o sequestro estritamente no plano civil. (DOLINGER, 2003 p. 262 apud VAN BUEREN, p.91)

Contudo, pode ser que a simples criação de instrumentos jurídicos não seja suficiente para mudar o flagelo da exclusão e da injustiça social, é preciso uma mudança de comportamento de toda a sociedade, inclusive, dos operadores do

⁷⁴ SANTANA, Ricardo. *O estatuto da criança e do adolescente: garantia de proteção integral*. Disponível em: < http://www.ssaguiar.com/Artigos%7C%7CArticles/Direito/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_garantia_de_protecao_integral.html >. Acesso em: 20 fev. 2011. 21:00

⁷⁵ Tradução nossa.

Direito, mudança esta que tem como ponto nevrálgico à educação e a cultura do povo, aliados a já tardia Justiça Social, sob pena de nos olvidarmos do inesquecível alerta feito por Gabriela Mistral: “Somos culpados de muitos erros e muitas falhas, mas nosso pior crime é abandonar as crianças, desprezando a fonte da vida. Muitas das coisas que precisamos podem esperar, mas a criança não pode, pois é exatamente agora que seus ossos estão se formando, seu sangue é produzido e seus sentidos estão se desenvolvendo. Para ela não podemos responder Amanhã, seu nome é HOJE”.⁷⁶

⁷⁶ *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*. Disponível em: <
<http://www.modusfaciendi.com.br/eca.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2010. 14:00.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues, **Doutrina da Proteção Integral e Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**– In. Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Editora Lumens Júris, Rio de Janeiro, 2009 3ª edição.

BEAUMONT, Paul e MCELEAVY, Peter.**The Hague Convention on International Child Abduction**. Oxford University Press: Oxford, 1999, 332 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: a criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 550 p.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 554.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**.São Paulo:Editora Revista dos Tribunais,2007,608 p.

DYER, A.To celebrate a score of years.N.Y.U. **Journal of International Law & Politics**, v.33, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira: **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 566

MESSERE, F.L.L. **Direitos da Criança: O Brasil e convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Brasília: UniCeub, 2005, 175, p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

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

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e Adolescente:** Teoria Jurídica da Proteção Integral. 1ª. ed. Curitiba: Vincentina, 2008. P. 141

RECHSTEINER, W. Beat. **Direito Internacional Privado:** Teoria e Prática. 10ª ed.São Paulo:Saraiva,2007, 376 p.

SILVA, G.E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VARELLA, D.Marcelo. **Direito Internacional Público.**São Paulo: Saraiva 2009,478 p.

WACQUANT. Loïc.**Punir os Pobres:** A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos,[A ONDA PUNITIVA].3ª Ed.Rio de Janeiro:Renavan,2007,p 72 e 93.

BRASIL. Decreto 1.212, de 3 de agosto de 1994. **Promulga a convenção interamericana sobre a restituição internacional de menores**, adotada em Montevideú, em 15 de julho de 1989. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 4 ago. 1994. P. 11.665. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1212.htm > Acesso em: 11 dez. 2010.

BRASIL. Decreto Executivo nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. **Promulga a convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores, assinada na Cidade do México, em 18 de março de 1994.** Diário Oficial da União. Poder executivo. Brasília, DF, 21 ago. 1998. P. 5. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2740.htm > Acesso em: 10 dez. 2010.

Centro de Informações das nações Unidas. **Somália e estados Unidos deveriam ratificar a convenção sobre direitos das Crianças.** Disponível em:

<<http://www.unric.org/pt/actualidade/29551-somalia-e-estados-unidos-deveriam-ratificar-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em: 12 dez. 2010.

BRASIL. Decreto n 99.710 de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção sobre Direitos da Criança**. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 22 nov. 1990. P. 2. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 13 dez. 2010.

REFERÊNCIAS ONLINE

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Sequestro internacional de crianças*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113473&ordenacao=1&id_site=4922>. Acesso em 15 set. 2010. 15:00

BERGSTEIN, Laís Gomes. *As novas disposições protetivas das crianças e adolescentes e a problemática da efetivação destes direitos*. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/28839/1/As-novas-disposicoes-protetivas-das-criancas-e-adolescentes-e-a-problematICA-da-efetivacao-destes-direitos/pagina1.html#ixzz1EtvnFGn6>>. Acesso em 30 mar. 2011. 14:00

CAMPELO, Vinícius Espíndola. *Princípios Norteadores Da Responsabilidade Parental*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/53963/1/PRINCIPIOS-NORTEADORES-DA-RESPONSABILIDADE-PARENTAL/pagina1.html#ixzz1CG7Of7kr>>. Acesso em 25 fev. 2011. 17:00

CRIANÇA A TORTO E A DIREITO. Disponível em: <<http://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/convencao-dos-direitos-da-crianca>>. Acesso em 29 dez. 2010. 18:30.

FONTOURA, Jorge. *Direito Internacional Público*. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:dzALS1CQ8b8J:www.clicaula.com.br/download.php?arq%3Dsiteprodutos_92_1282074083.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2011. 19:00.

FREITAS, Joycemara Cristina Sales de. e SILVA, Tainá Moraes da. *A socioafetividade, suas peculiaridades e a emenda constitucional nº45/2004*. <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6052>. Acesso em: 03 abr. 2011. 19:00.

GALAVOTTI, Naira. *Proteção Integral da Criança e do Adolescente*. 2007. Disponível em: < <http://dadospessoais.net/info/protecao-integral-da-crianca-e-do-adolescente/2007-06/> >. Acesso em: 10 dez. 2010. 14:00.

IBGE. **Número de casamentos no Brasil**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/regciv/default.asp?t=4&z=t&o=26&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>>. Acesso em: 15 de set. 2010. 18:00.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Guarda: um olhar interdisciplinar sobre casos judiciais complexos**.

Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=100>>. Acesso em: 22 de out. 2010. 16:00.

NERY, Daniel Christianini. O caso Sean, a legislação brasileira e o Direito Internacional. **2010**. Disponível em: < http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=542:o-caso-sean-a-legislacao-brasileira-e-o-direito-internacional&catid=15:direito&Itemid=44 >. Acesso em: 21 fev. 2011 . 19:00.

OLIVEIRA, Luiz Andrade. *Direito Internacional Privado*. Disponível em: < <http://www.loveira.adv.br/material/st.htm> >. Acesso em: 06 abr. 2011 . 20:00.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. 2008. Disponível em: < http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf >. Acesso em: 14 dez. 2010. 10:00.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo**. Madrid, 1981. Disponível em <<http://hech.e-vision.nl/upload/expl28s.pdf>>. Acesso em: 15 de set. 2010. 14 :00

Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. Abril, 2010. Disponível em: <

<http://travel.state.gov/pdf/2010ComplianceReport.pdf> > p.13-18. Acesso em: 12 mar. 2011. 15:00

SANTANA, Ricardo. *O estatuto da criança e do adolescente: garantia de proteção integral*. 20120. Disponível em: < http://www.ssaguiar.com/Artigos%7C%7CArticles/Direito/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_garantia_de_protecao_integral.html >. Acesso em: 20 fev. 2011. 21:00

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Convenção da Haia**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 10 de ago. 2010. 14:00.

Sequestro internacional de filhos cresce com globalização. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/sequestro+internacional+de+filhos+cresce+com+globalizacao/n1237592998554.html>>. Acesso em 17 de nov. 2010. 15:00.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Código modelo de cooperação interjurisdicional para iberoamérica*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume IV Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/codigo-modelo-de-cooperacao-interjurisdicional-para-iberoamerica>>. Acesso em: 06 abr. 2011. 23:00.

U.S. DEPARTMENT OF STATE. < <http://www.state.gov/secretary/rm/2010/10/149860.htm> >. Acesso em: 27 jan. 2011. 21:00.

VALERA, Carlos Alberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: MPMG Jurídico. Ano II – Edição Especial. Outubro, 2007. Disponível em: < <http://www.modusfaciendi.com.br/eca.pdf> >. Acesso em: 15 dez. 2010. 16:00.

VILLEDA, M. F. *et. al.* La Sustracción Internacional de Niños, Niñas Y Adolescentes Normativa Y Doctrina: **Revista Legislativa de La Comisión de Familia y Niñez Del Congreso Nacional**, Tegucigalpa, 2007, Año 1, no. 1. Disponível em:

<<http://www.iin.oea.org/sim/cd/documentos/revistadelcongreso1.pdf>>. Acesso em: 15 de out. 2010. 13:00.

ZERMATTEN, Jean. *The Best Interests of the Child* : Literal Analysis, Function and Implementation. 2010. Disponível em: < www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf >. Acesso em: 05 jan. 2011. 15:00.

<www.childsrights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf (original). http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&tl=pt&u=http%3A%2F%2Fwww.childsrights.org%2Fhtml%2Fdocuments%2Fwr%2Fwr_best_interest_child09.pdf (tradução)>. Acesso em 05 de jan. 2011.15:00.

<http://www.ssaguiar.com/Artigos-%7C%7C-Articles/Direito/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_garantia_de_protecao_integral.html >. Acesso em 20 de fev.2011.21:00.

<<http://www.law.upenn.edu/journals/lrev/Issues/vol151/Issue2/Di%20Guglielmo.pdf>>. acesso em 11 de mar.2011 .13:30.

http://en.wikipedia.org/wiki/International_child_abduction_in_Brazil acesso em 17 de jan.2011. 23:00.

<<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/c17c8956-dc66-4aa7-9a93-776896a56a37/Default.aspx>>. Acesso em 20 de jan. 2011 .18:00.

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/39/60>>. Acesso em 15 de set. 2010 . 18:15.

<http://www.revistaautor.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=542:o-caso-sean-a-legislacao-brasileira-e-o-direito-internacional&catid=15:direito&Itemid=44>. Acesso em 21 de fev.2011 . 19:00.

<<http://www.webartigos.com/articles/53963/1/PRINCIPIOS-NORTEADORES-DA-RESPONSABILIDADE-PARENTAL/pagina1.html#ixzz1CG7Of7kr>>. Acesso em 25 de fev.2011.17:00.

<<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/10/149860.htm> >. Acesso em 27 de jan. 2011.21:00.

<www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/condicoes.doc>. Acesso em 05 de abr.2011. 15:00.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6052 >. Acesso em 03 de abr.2011 .9:00.

<<http://www.loveira.adv.br/material/st.htm> >. Acesso em 06 de abr.2011 .20:00.

<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:dzALS1CQ8b8J:www.clicaula.com.br/download.php?arq%3Dsiteprodutos_92_1282074083.pdf+jorge+fontoura+a+intera%C3%A7%C3%A3o+entre+o+Direito+Internacional+P%C3%BAblico+e+o+Direito+Internacional+Privado+Direito+transnacional&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEESgeQ37C07I56hvgP_F94KANcJiHex8ocURdHZWzgQPMjnQCv8lzMWrx1ywE8_idu2OdP0bbBUeE6-36OF5AjSn2i2_9WA1qc_vkDeGS2ecbDimwY1kv7eDGnCOs5s-ljgOkt52U&sig=AHIEtbTJNjyUIrdWED_agXPxQw5GGSi2Dg&pli=1>. Acesso em 07 de abr.2011.19:00.