

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNICEUB

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

mestrado

DIREITOS DA CRIANÇA:
O BRASIL E A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO
SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Autor: Fernando L. de L. Messere

Orientador: Professor Doutor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Brasília

2005

Fernando Luiz de Lacerda Messere

DIREITOS DA CRIANÇA:
O BRASIL E A CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO
SEQÜESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário UNICEUB para obtenção do Grau de Mestre em Direito das Relações Internacionais

Orientador: Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros

Brasília
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida e aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Mestrado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário UNICEUB em 12 de maio de 2005 perante a banca examinadora constituída pelos Excelentíssimos Senhores Professores Doutores

Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Orientador – Universidade de São Paulo - USP

Prof. Dra. Rosana Ulhôa Botelho
Examinadora interna – UnB

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges
Examinador externo – USP

À minha família, especialmente minha esposa e filhos, pessoas muito queridas, das quais tenho subtraído um tempo que jamais poderei devolver.

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas às quais devo agradecer. Primeiramente, agradeço aos meus familiares o estímulo constante para que o resultado fosse atingido.

Agradeço com admiração ao orientador desta pesquisa, Professor Doutor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, que com segurança e tranquilidade ofereceu conselhos, indicou fontes, e apontou correções de curso que se mostraram especialmente valiosas para o desfecho do trabalho. É integralmente minha, entretanto, a responsabilidade pelos equívocos eventualmente presentes no texto.

Agradeço aos Professores Doutores do Programa de Mestrado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário UNICEUB, sobretudo pela condução segura das disciplinas oferecidas, ao longo das quais foram sedimentados os conhecimentos e estimuladas as inquietudes necessárias à realização desta pesquisa. E ao Professor Doutor Marcelo Varela, Diretor do Programa de Mestrado em Direito do UNICEUB, especialmente pela dedicação, empenho e segurança na condução do Programa, bem como pela paciente atenção dispensada às mais diversas solicitações dos mestrandos.

Aos amigos do Departamento Judicial Internacional da Advocacia-Geral da União, desbravadores de áreas até há pouco estranhas à advocacia pública federal brasileira, meus fraternos e fundamentais agradecimentos, pois sem as seguras e inéditas informações por eles proporcionadas esta pesquisa não seria mais do que conjecturas teóricas.

Igualmente agradeço aos servidores da Autoridade Central Administrativa Federal pela atenção dispensada durante as entrevistas realizadas.

Finalmente, agradeço aos servidores do UNICEUB e aos colegas do Programa de Mestrado pelo ambiente fraterno que compartilhamos.

Brasília, março de 2005

FLLM

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Norberto Bobbio (1964)

RESUMO

Este trabalho descreve e analisa o regime que se vem formando internacionalmente em torno da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção sobre Sequestro de Crianças), de 1980, dirigida à solução do problema de deslocamento unilateral e ilícito de crianças com violação do direito à liberdade e à convivência familiar e comunitária decorrentes da violação dos direitos de guarda e visita existentes no Estado de residência habitual da criança. O texto especialmente descreve e analisa as singularidades da cooperação internacional proporcionada pela Convenção sobre Sequestro de Crianças, que a distinguem das formas clássicas de cooperação internacional administrativa ou judicial. A estrutura administrativa posta em operação no País para enfrentar os desafios impostos pela titularidade de novos direitos e obrigações na órbita internacional é descrita. Adicionalmente, são apresentados e avaliados os resultados das ações desenvolvidas pelo Estado brasileiro nos primeiros três anos de vigência da adesão à Convenção.

ABSTRACT

This text describes and analyses the international regime under formation around the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Child Abduction Convention), driven to the solution of the problem of unilateral and illicit displacement of children with violation of their freedom, and familiar and community relations, that result from the breach of the custody and access rights that existed in the State of habitual residence. The text specially describes and analyses the singularities of the international cooperation provided by the Child Abduction Convention that distinguish it from the classical forms of international administrative or judicial cooperation. The administrative structure built in the country to face the challenges imposed by the new international rights and obligations is described. Moreover, the results of the actions developed by the Brazilian State during the first three years under the Convention are presented and evaluated.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	
1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DA CRIANÇA	19
1.1. A Questão da Universalidade dos Direitos Humanos	19
1.1.1. Reconhecimento Formal dos Direitos Humanos	20
1.1.2. Evolução em Gerações	21
1.1.3. A Declaração Universal dos Direitos Humanos	21
1.1.4. Desafios da Globalização	22
1.1.5. Da Fundamentação à Materialização da Proteção aos Direitos Humanos	25
1.1.6. A Especificação dos Direitos Humanos	26
1.1.7. Universalismo versus Culturalismo	26
1.1.8. As Vertentes do Direito Internacional da Pessoa Natural	31
1.2. A Emergência dos Direitos da Criança	31
1.2.1. O Princípio do Melhor Interesse da Criança	34
1.2.2. Direitos da Criança no Plano Interno	35
1.2.3. Direitos da Criança no Plano Internacional	37
1.2.4. Direitos Humanos e Direito Internacional Privado	40
1.2.5. Governança, Regimes e a Proteção dos Direitos da Criança	46
1.2.5.1 Governança	48
1.2.5.2 Regimes	50
1.2.5.3 Regime Internacional de Proteção aos Direitos da Criança	58
CAPÍTULO 2	
2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA	62

	9
2.1. A ONU e os Direitos da Criança	62
2.1.1. A Declaração dos Direitos da Criança	62
2.1.2. A Convenção sobre os Direitos da Criança – 1989	64
2.2. O Direito da Criança e o Direito Internacional Privado	69
2.2.1. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado	70
2.2.2. As Convenções da Conferência da Haia sobre a Criança	74
2.2.3. As Convenções da Conferência da Haia Internalizadas no Brasil	76
2.3. Tratados Regionais – Américas e Europa	77
2.4. Mercosul	79

CAPÍTULO 3

3. CONVENÇÃO SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	81
3.1. Os Objetivos da Convenção	82
3.2. A Denominação da Convenção	84
3.2. Os Princípios Fundamentais	88
3.3. A Responsabilidade Internacional dos Estados Signatários	94
3.4. A Estrutura Administrativa Requerida e a Efetividade da Convenção	99
3.5. Os Pressupostos para a Cooperação	101
3.6. Os Fundamentos da Não-cooperação	104
3.7. Decisões de Mérito e as Liminares	108
3.8. O Reconhecimento da Condição de Estado Contratante	109
3.9. Vigência, Adesão, Denúncia e Reservas	111
3.10. Desafios Constitucionais à Convenção sobre Sequestro	114

CAPÍTULO 4

4. O BRASIL E A CONVENÇÃO SOBRE SEQUESTRO DE CRIANÇAS	117
--	------------

	10
4.1. A Adesão com Reserva à Convenção sobre Seqüestro	117
4.2. O Reconhecimento do Brasil como Estado Contratante	120
4.3. A Estrutura Administrativa no Brasil	122
4.3.1. A Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF)	122
4.3.2. As Atribuições da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH)	125
4.4. A Atuação do Estado Brasileiro Quanto ao Seqüestro de Crianças	127
4.4.1. Cooperação Ordinária, Convenção sobre Seqüestro e Convenção Interamericana	128
4.4.2. O Brasil como Estado Requerente na Convenção sobre Seqüestro	130
4.4.3. O Brasil como Estado Requerido na Convenção sobre Seqüestro	133
4.5. A Ação Administrativa da União	136
4.6. A Convenção sobre Seqüestro em Juízo	136
CAPÍTULO 5	
5. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE SEQÜESTRO NO BRASIL E NO EXTERIOR	140
5.1. O Primeiro Caso – Iniciativa Privada	141
5.2. O Brasil como Estado Requerido	142
5.2.1. O Primeiro Caso Judicial da União	143
5.2.2. A Negativa de Cooperação pela União	147
5.2.3. A Primeira Restituição de Criança pela União	149
5.3. O Brasil como Estado Requerente	155
5.4. A Experiência Estrangeira com a Convenção sobre Seqüestro - INCADAT	158
CAPÍTULO 6	
6. CONCLUSÃO	168
Referências	172
Anexos	

INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2004, na cidade de Morrinhos, estado de Goiás, um Oficial de Justiça, acompanhado de um Advogado da União, bateu à porta da residência de uma brasileira e a intimou da decisão da Justiça Federal brasileira que determinava a restituição de seu filho, brasileiro, aos Estados Unidos da América, país de onde a criança havia sido retirada pela mãe e trazida para o Brasil. A decisão fora proferida em antecipação de tutela jurisdicional *ex parte*, antes, portanto, que a mãe da criança houvesse sido citada para responder à ação proposta pela União perante a Justiça Federal. A criança foi imediatamente entregue, mediante termo de recebimento, ao Cônsul dos EUA na cidade de Brasília e embarcada para aquele país.

O breve relato diz respeito a um de vários casos com semelhante finalidade em curso perante a Justiça Federal, por meio dos quais a União procura dar efetividade aos direitos e obrigações do Estado brasileiro resultantes da adesão à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

Este texto explora algumas das questões relacionadas aos direitos e obrigações envolvidos em casos da espécie: humanos, da criança, dos pais e dos Estados.

Os direitos humanos, identificados desde a metade do Século XX como uma das mais relevantes questões objeto das relações internacionais e do direito internacional, foram erigidos como tema global a partir do último quarto do século passado (ALVES, 1994). No mesmo período, o incremento nos deslocamentos de pessoas, de bens e serviços, de capital e de informações entre os diversos lugares do mundo colocou em evidência o fato social que passou a ser denominado globalização. Esta, apresentada sob diferentes conceitos que acentuam uma ou outra característica do processo segundo este ou aquele observador, inegavelmente tornou mais numerosos os conflitos familiares que apresentam elementos de

conexão internacional e que reclamam solução concertada dos entes de direito internacional público.

O ser humano desloca-se por um mundo juridicamente dividido, o que dá margem a núcleos familiares formados por pessoas nascidas em diferentes Estados e portadoras de bagagens culturais distintas. Essa internacionalidade crescente das relações e crises familiares pressiona os mecanismos clássicos de solução de conflitos privados de família que ostentem elementos de conexão internacional, e faz surgir a necessidade da abordagem multidisciplinar da questão, com o olhar voltado simultaneamente para o direito nacional, para o direito internacional privado e para o direito internacional (D'ANTONIO, 1994, p. 431-432).

A globalização das relações sociais internacionais, evidentemente, tornou mais numerosas as situações em que os conflitos familiares vulneram os direitos da criança, como no caso do deslocamento indevido de crianças de um Estado para outro. Os ordenamentos jurídicos nacionais passaram a defrontar-se mais amiúde com litígios do tipo. Tratando-se de situação que tem atingido, ainda que de forma desigual, todos os países do globo, é fundamental a análise e pesquisa de soluções destinadas a proporcionar abordagem harmônica para os problemas surgidos. A cooperação internacional impõe-se.

Os esforços da Organização das Nações Unidas em favor da criança são bastante conhecidos, e dirigem-se substancialmente a assegurar que os Estados membros adotem procedimentos básicos de proteção aos direitos fundamentais das crianças em seus territórios. Esse tipo de proteção, entretanto, não alcança algumas das violações de direitos decorrentes do expressivo deslocamento de pessoas pelo mundo.

Os conflitos do tipo sempre foram solucitados pela via do direito internacional privado, e a Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado tem sido uma referência na busca de uniformização tanto do direito material nacional quanto do direito conflitual. A ampliação do número e da complexidade dos casos tem evidenciado a necessidade de

posicionar os Estados em plano relevante das questões de direito internacional privado referentes ao deslocamento internacional de pessoas, sobretudo crianças, como agentes ativos na solução dos problemas.

A Conferência da Haia foi pioneira no mister de proporcionar sistemas de cooperação internacional para a proteção de crianças envolvidas em situações transnacionais em que os bens ou a pessoa da criança pudessem estar em risco. Os trabalhos desenvolvidos pela Conferência culminaram na produção de três importantes convenções referentes aos direitos da criança nas duas últimas décadas do século recém encerrado: a Convenção da Haia sobre o Seqüestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980, a Convenção da Haia Relativa à Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, e a Convenção da Haia sobre Jurisdição, Lei Aplicável, Reconhecimento, Imposição e Cooperação Referentes à Responsabilidade dos Pais e Medidas de Proteção às Crianças, de 19 de outubro de 1996.

Entre os diversos aspectos passíveis de abordagem para aprofundamento do tema, foi selecionada a questão dos direitos da criança em seu relacionamento familiar. Mais especificamente, a questão do deslocamento internacional compulsório da criança em violação ao direito de manutenção do adequado convívio familiar. Esse deslocamento, evidentemente, comporta variantes com repercussões eminentemente penais, como o tráfico internacional de crianças, e outros de repercussões eminentemente civis, como a adoção internacional e o seqüestro internacional de crianças.

Este texto, embora contenha observações sobre todos os aspectos do deslocamento internacional compulsório de crianças, concentra-se nos efeitos civis do denominado seqüestro internacional de crianças, ou seja, o deslocamento internacional compulsório da criança ocorrido, em regra, em virtude da iniciativa de uma das pessoas detentoras do poder de guarda do menor, geralmente um ou ambos os pais. Por essa razão, a pesquisa analisa e

discute os textos jurídicos internacionais sobre o tema, com especial atenção à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, texto produzido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e recentemente internalizada no Brasil.

Esta pesquisa, portanto, diz respeito à confirmação da existência de um regime internacional de proteção dos direitos da criança, à compreensão do papel da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças nesse regime e à identificação da maneira como o Estado Brasileiro, aderente a essa Convenção tem desempenhado seu papel como titular de direitos e obrigações nos termos da Convenção.

O tema escolhido e delimitado conforme proposto seria relevante como objeto de estudo ainda que o Estado brasileiro não houvesse aderido à Convenção da Haia. De fato, pesquisas do tipo apresentam-se como subsídios importantes à decisão política de adesão por algum Estado estranho ao acordo. Ademais, os fortes componentes emocional e político dos conflitos de interesses que envolvem o deslocamento internacional de crianças, do que são exemplos os casos do menor cubano Elian Gonzalez¹ e do menor brasileiro Iruan², demonstram a importância do estudo do tema e a necessidade de soluções fundadas na cooperação estatal internacional tendente a impedir tanto a violação de direitos fundamentais da criança quanto o surgimento de conflitos internacionais de maiores proporções.

A consciência de que a intensificação internacional das relações públicas e privadas leva ao incremento nos conflitos de interesses com conexão internacional, e de que esta consideração estimula o surgimento e o desenvolvimento de princípios e normas de conduta

¹ O caso Elian Gonzalez, envolvendo o menino cubano que foi objeto de disputa internacional entre o pai, residente em Cuba, e os tios, residentes nos Estados Unidos da América, não foi decidido com base na Convenção da Haia. Fornece, entretanto, uma boa noção da repercussão que um litígio do tipo pode alcançar, bem como da complexa teia de direitos envolvidos. O endereço de Internet http://www.pbs.org/newshour/bb/law/elian/ruling_6-1.html divulga o texto completo da decisão que determinou o retorno do menor a Cuba.

² Tampouco o caso do menor Iruan foi resolvido com fundamento na Convenção da Haia, pois Brasil e Taiwan não mantêm relações diplomáticas, e a questão obteve decisões judiciais com base em legislações locais, as quais, coincidentemente, determinaram o retorno do menor ao Brasil.

que podem culminar na produção de um regime internacional disciplinador das relações internacionais na área objeto do regime são outras razões relevantes para a escolha do tema da pesquisa. Isto porque os Estados aderem aos regimes e assumem compromissos internacionais revelados pelas regras expressas nos tratados integrantes do regime. Ou seja, obrigam-se a materializar todos os elementos necessários à realização dos objetivos da norma em prazo compatível com os direitos envolvidos. É fundamental, portanto, compreender os limites dos direitos de que os Estados passam a ser titulares, bem como das prestações de que passam a ser devedores.

A pesquisa explora, portanto, esses aspectos inovadores de uma convenção de direito internacional privado, como os de assegurar e impor deveres ao Estado brasileiro, seja na qualidade de Estado requerente seja na qualidade de Estado requerido, bem como investiga o papel desempenhado pelos órgãos da União, uma vez que é por meio dos órgãos da União que o Estado brasileiro responde internamente às suas obrigações internacionais e provoca outros entes de direito internacional público para fazer valer suas prerrogativas.

O trabalho justifica-se, ainda, em razão da necessidade geral e permanente de avaliação dos resultados da aplicação das novas normas aos casos concretos, e saber se de tais aplicações é possível extrair um juízo sobre a efetividade da norma.

Assim, passados pouco mais de quatro anos da adesão do Brasil ao Tratado, a relevância dos direitos envolvidos e a reduzida experiência dos entes públicos e privados brasileiros com esse instrumento jurídico autorizam e aconselham ter a Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças como objeto de pesquisa, de modo a identificar a potencial utilidade desse texto que se declara dirigido à proteção dos direitos da criança, e avaliar a maneira como seus dispositivos têm sido interpretados e a forma como o Estado brasileiro têm agido e reagido.

Decorrido esse período em que a União, especialmente por meio da Advocacia Geral da União e da Secretaria Especial de Direitos Humanos, viu-se envolvida em procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes ao direito internacional privado dirigido aos conflitos em família, é de se concluir haver disponível material suficiente a proporcionar uma (primeira ?) abordagem dos principais aspectos da norma internacional trazida ao nosso País.

Destarte, esta pesquisa procura identificar se a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que vem sendo objeto de crescente acolhimento internacional, ainda que com maior amplitude pelos Estados de cultura dita ocidental, é uma proposta de solução internacional formalmente adequada para o problema. Adicionalmente, a pesquisa procura aferir se o Estado brasileiro aparelhou-se para atuar como sujeito de direitos e obrigações nos termos da Convenção, e se os casos encaminhados sob a moldura normativa da Convenção no Brasil tiveram resultado que pudesse ser considerado compatível com aqueles havidos em outros Estados aderentes à Convenção.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é o de realizar uma análise da solução normativa proporcionada pelo tratado sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças, bem como das medidas administrativas e jurisdicionais passíveis de adoção e efetivamente adotadas pelos Estados Partes, sobretudo pelo Estado brasileiro quando requerente e requerido nos termos do tratado posto em vigor.

Os objetivos específicos envolvem posicionar o tema no conjunto de tratados dirigidos à proteção dos direitos da pessoa natural, e abordar as diversas iniciativas multilaterais que, juntamente com a Convenção, demonstram potencial para a formação de um regime de proteção internacional aos direitos da criança em suas relações familiares.

Assim, a pesquisa procura responder a algumas perguntas específicas, como:

a) Os direitos da criança, como espécie dos direitos humanos, admitem tratamento universal ou sujeitam-se a limitações de cunho cultural?

b) Existe um regime internacional de defesa dos direitos da Infância? Se existe, a Convenção integra esse regime? Como surgiu a Convenção? Qual a relevância da Convenção face aos diversos temas que envolvem a criança nas relações internacionais?

c) Como está prevista a repartição de competências das esferas de poder de um estado federal como o Brasil nesse tratado?

d) Como a União está aparelhada para o cumprimento de suas obrigações? Por meio de quais órgãos dá-se a ação da União?

e) Quais as questões jurídicas relevantes suscitadas pela ação judicial ou extrajudicial dos órgãos da União a partir da integração da Convenção ao direito interno brasileiro?

f) Em vista da experiência acumulada a partir de 2003 pelo Estado brasileiro, qual conclusão se pode obter sobre essa solução jurídica à qual o País obrigou-se na esfera internacional?

Este texto encontra-se dividido em seis capítulos.

O primeiro capítulo aborda questões preliminares necessárias ao adequado posicionamento do tema no âmbito do Direito e das relações sociais internacionais, tais como a aproximação entre o direito internacional e o direito internacional privado, a universalidade dos direitos humanos, as vertentes do direito internacional da pessoa natural, a pessoa natural como sujeito de direitos na esfera internacional e a existência de um regime internacional de proteção aos direitos da criança.

O segundo capítulo trata especificamente dos instrumentos que integram o possível regime internacional de proteção aos direitos da criança. Assim, aborda o papel da ONU e das Convenções da ONU sobre a criança, o papel da Conferência da Haia e suas convenções e o papel dos textos multilaterais regionais, das Américas e da Europa, sobre a proteção da criança.

O terceiro capítulo concentra a atenção na Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção sobre Sequestro de Crianças). São abordados: o processo que deu origem à Convenção; o objeto; os princípios fundamentais, a responsabilidade internacional dos Estados aderentes; a estrutura estatal requerida aos aderentes; os pressupostos para a cooperação internacional; os excludentes à cooperação e as medidas previstas pela Convenção.

O quarto capítulo discorre sobre a adesão do Estado brasileiro à Convenção e sobre a estrutura formalmente posta no Brasil para a aplicação da Convenção. São analisados: o processo de adesão do Brasil; o estado atual do reconhecimento do Brasil como Estado parte pelos demais aderentes; os órgãos da União envolvidos com a Convenção; a solução adotada pelo Estado brasileiro face às possibilidades admitidas pela Convenção aos Estados de forma federal; a Autoridade Central Administrativa Federal brasileira – Secretaria Especial dos Direitos Humanos; as reservas do Brasil ao texto da Convenção e os procedimentos adotados pelo Brasil como Estado requerente e como Estado requerido.

O quinto capítulo realiza uma análise comparativa da aplicação prática da Convenção no Brasil e no exterior. Primeiramente, seleciona e analisa alguns dos primeiros casos em que o Estado brasileiro atuou na qualidade de Estado requerido e requerente, depois, seleciona e analisa casos cujas decisões no exterior lidaram com a interpretação dos dispositivos normativos mais relevantes da Convenção.

O sexto e último capítulo do texto apresenta um resumo de tudo quando discutido e tece considerações finais acerca da importância da convenção como instrumento de proteção dos direitos das crianças.

CAPÍTULO 1

1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DA CRIANÇA

A pesquisa referente a um instrumento jurídico que integre a proteção internacional dos direitos da criança exige discorrer, ainda que superficialmente, sobre alguns aspectos preliminares ao aprofundamento da discussão do tema selecionado. Necessário, por exemplo, posicionar os direitos da criança no conjunto mais amplo dos direitos humanos, bem como abordar o estado atual da discussão sobre a universalidade desses direitos e efetividade dos instrumentos internacionais de garantia. Necessário, igualmente, abordar a questão dos direitos da criança como objeto do direito internacional público, do direito internacional privado e do direito nacional, bem como da aproximação e influência recíproca desses direitos, com o estabelecimento de um novo e ativo papel para os Estados sobre tema antes regido exclusivamente pelo direito nacional e subordinado à esfera de atuação dos entes privados próximos à criança.

1.1 A Questão da Universalidade dos Direitos Humanos

Ao final da Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria, de 14 a 25 de outubro de 1993, foi aprovada a Declaração cujo art. 1º “reafirma o solene compromisso de todos os Estados de cumprir suas obrigações de promover o respeito universal, e a observância e a proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, e do direito internacional”. E para não haver dúvidas, a parte final do mesmo artigo registra que a natureza universal desses direitos e liberdades está além de questionamentos. Ali, os direitos humanos e liberdades fundamentais foram formalmente reconhecidos como indubitavelmente universais pela primeira vez e por consenso (ALVES, 2001, p. 110).

Não obstante, a questão da implementação do primado dos direitos humanos e, conseqüentemente, do universalismo ou relativismo cultural destes permaneceu ao longo da

década de 90 como tema de debates acadêmicos calorosos, e parece ter chegado aos primeiros anos do novo século sob a forma de um embate quase ideológico amplificado pelos acontecimentos de setembro de 2001 e pela reação unilateralista, permeada de referências à cultura cristã ocidental e à defesa da liberdade e dos direitos humanos adotada pelos Estados Unidos da América.

Lindgren Alves (2001, p. 40), em tom de desabafo, fazendo eco às palavras de Bobbio, afirma que, “olhadas em retrospecto, nesta virada de século [...] as conferências da década de 1990 [...] acusam, de chofre, o abismo existente entre o que se aprovou no papel e a realidade atual”, mas acrescenta com um pouco mais de esperança:

(se os documentos) “Não reerguerão por si próprios a bandeira novamente esquecida dos direitos humanos econômicos e sociais, fundamentais para os indivíduos e também para as sociedades. [...] podem transformar-se, talvez, em *vademecum* de referência para a ação cooperativa [...] para conter o rastro excludente e destrutivo do processo de globalização sem controle do mundo pós-guerra Fria” (ALVES, 2001, p. 40-41).

1.1.1 Reconhecimento Formal dos Direitos Humanos

Os seres humanos são manifestações inequivocamente globais. Assim, nada mais natural que os direitos fundamentais dos seres humanos emergirem, em algum momento da história, como elemento de consideração em nível global. As últimas décadas do século 20, especialmente a década de 90, são consideradas pela maioria dos acadêmicos como o período em que os direitos humanos se consolidaram como tema global. Ficou patente, entretanto, que longe de proporcionarem o acolhimento uniforme de um rol de direitos e liberdades fundamentais assegurados universalmente a todos, as discussões havidas evidenciaram a existência de diferenças relevantes acerca dos fundamentos, princípios e normas passíveis de universalização nessa matéria.

Com maior ímpeto a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), marco na integração dos direitos humanos à agenda das relações internacionais, com afirmação no mesmo nível dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o problema do reconhecimento internacional dos

direitos do homem pode ser considerado aquele que proporcionou algum alento aos estudiosos e pesquisadores preocupados com o rumo dos acontecimentos durante o século XX (BOBBIO, 1992, p. 49).

1.1.2 Evolução em Gerações

Independentemente do fundamento, é de ampla aceitação a tese de que os direitos humanos desenvolveram-se através de sucessivas fases, e se consolidaram de modo a abranger todas as modalidades de direitos que foram sendo considerados fundamentais ao pleno desenvolvimento dos indivíduos em liberdade. Assim, primeiro foram objeto de proteção institucional os direitos individuais (civis e políticos), depois os direitos econômicos e sociais, e, finalmente, os direitos de coletividade, em processo histórico de afirmação (BOBBIO, 1992, p.32-33).

É digna de registro, entretanto, a crítica de Cançado Trindade à continuidade do emprego da divisão em gerações de direitos. O autor, que registra em favor de Karel Vasak a paternidade da divisão dos direitos humanos em gerações, embora reconheça a validade dessa classificação para a evolução do direito constitucional dos estados nacionais ocidentais, rejeita a aplicação em relação ao direito internacional e a estados nacionais culturalmente diferentes, com fundamentos históricos e jurídicos que deveriam ser considerados:

No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da OIT, anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30. O direito ao trabalho o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948. Então, a expressão ‘gerações’ é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprovar, entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos (TRINDADE, 2000).

1.1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, formulada dentro de um sistema internacional cujos únicos sujeitos de direito internacional eram os Estados nacionais, é marco fundamental da consideração internacional dos direitos humanos, ainda que, dada a

ordem internacional vigente, aos Estados nacionais coubesse a implementação dos direitos humanos em seus territórios.

Tendo completado pouco mais de meio século de existência, a Declaração cumpriu papel extraordinário na história da humanidade ao formalizar os anseios dos oprimidos, sobretudo daqueles que haviam sofrido os horrores das duas guerras mundiais da primeira metade do século. O texto tem servido de base às lutas pela liberdade em todo o globo, e inspirado a positivação dos direitos ali declarados nas constituições nacionais de diversos Estados.

Segundo muitos analistas do processo de emergência dos direitos humanos, a Declaração teria modificado definitivamente o sistema westfaliano das relações internacionais, e juntamente com os instrumentos jurídicos dela decorrentes teria permitido que homens e mulheres viessem a tornar-se sujeitos do direito internacional. Ainda que ostentando caráter de *soft-law*, por configurar texto simplesmente recomendatório, a repercussão da Declaração foi generalizada, e o tema “direitos humanos” começou a adquirir estatura inegavelmente global a partir dela, que estabeleceu as bases para o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, desatando o caráter *erga omnes* desses direitos (ALVES, 1994).

1.1.4 Desafios da Globalização

É na primeira metade dos anos 90 que os direitos humanos se consolidam como tema global, e é no mesmo período, coincidente com a intensificação da globalização, que ficam evidentes as controvérsias acerca dos métodos de encaminhamento e dos objetivos a serem atingidos com as discussões do tema. As tensões já existiam antes, pois nenhuma das conquistas associadas à Declaração de 1948 ocorreram sem controvérsias. De fato, os dois principais tratados de direitos humanos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, de caráter compulsório para os respectivos Estados partes, também negociados desde 1946, levaram vinte anos para serem aprovados na ONU (em 1966) e trinta para entrar em vigor no âmbito internacional (em 1976, ano em que obtiveram o número de ratificações necessárias). O dramático da situação evidenciada na década de 90 foi a pressão pela supressão desse longo processo de absorção e acomodação a que os Estados nacionais e respectivos núcleos de poder estavam acostumados, situação que se pode vincular à globalização, ou seja, a tensão entre os Estados nacionais como atores da ordenação local e a globalização como um processo de modificação do local pelo global.

Essa situação é identificada por Boaventura Santos (2003), que observa que nesse processo de emergência e consolidação como tema global, os direitos humanos haviam passado quase toda a segunda metade do século XX como elemento integrante da Guerra Fria, e conseqüentemente sujeitos a critérios distintos de avaliação quanto às violações denunciadas. Na década de 90, entretanto, esses direitos entram em pauta com um renovado potencial emancipador, mas, em contrapartida, apresentam-se igualmente passíveis de apropriação por projetos globalizantes de caráter hegemônico. Torna-se necessário, então, identificar as condições em que os direitos humanos podem ser colocados a serviço de uma política progressista e emancipatória global.

Dentre as tensões dialéticas identificadas por Santos, abordo, por considerar a mais relevante para a questão posta como tema, aquela que ocorre entre o Estado nacional e a globalização. Nas palavras do autor:

“Hoje, a erosão seletiva do Estado-nação, imputável à intensificação da globalização, coloca a questão de saber se, quer a regulação social quer a emancipação social, deverão ser deslocadas para o nível global. É neste sentido que já se começou a falar em sociedade civil global, governo global e equidade global. Na primeira linha deste processo está o reconhecimento mundial da política dos direitos humanos. A tensão, porém, repousa, por um lado, no fato de, tanto as violações dos direitos humanos, como as lutas em defesa deles continuarem a ter uma decisiva dimensão nacional, e, por outro lado, no fato de, em aspectos cruciais, as atitudes perante os direitos humanos assentarem em pressupostos culturais específicos. A política dos direitos humanos é basicamente uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo

pensar os direitos humanos como sinal do regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferenças, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global?” (SANTOS, 2003).

A globalização, conforme conceituada por Santos, é o “processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”. Não há, segundo o autor, uma globalização, mas pelo menos quatro processos por meio dos quais a modificação ou substituição de condições locais ocorre. Esses processos são denominados por Santos de localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade, e ostentam as seguintes características:

a) localismo globalizado: é o processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a ampla aceitação e reprodução do *fast food* ou da música popular americana, ou a adoção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA;

b) globalismo localizado: é o processo por meio do qual práticas e imperativos transnacionais incidem nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais. Exemplos desses globalismos são a exploração destrutiva dos recursos naturais para pagamento de dívida externa, exploração turística de lugares sítios históricos, religiosos, culturais e naturais, aquisição de lixo tóxico por países pobres, conversão da agricultura diversificada para a monocultura de exportação etc.

Santos aponta que a divisão internacional da produção especializa os países centrais em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos apenas escolhem, com reduzido grau de liberdade de escolha, os globalismos localizados. Há ainda dois outros processos que integram as globalizações, mas que não se ajustam às duas classificações anteriores:

c) cosmopolitismo:

“As formas predominantes de dominação não excluem aos Estados nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial. As atividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas” (SANTOS, 2003);

d) patrimônio comum da humanidade: é o processo que resulta da emergência de temas que interessa essencialmente a todo o globo, pois sua abordagem somente faz sentido se envolver todos os atores mundiais, como se dá, por exemplo, com os temas ambientais, referentes a recursos que, pela sua natureza, devem ser geridos sob os princípios do desenvolvimento sustentável.

A Conferência sobre o Meio Ambiente, Rio-92, por exemplo, representou um momento especial de demonstração da força emancipadora do cosmopolitismo e do “patrimônio comum da humanidade”, enquanto a decisão unilateral dos EUA de se retirarem do Protocolo de Kyoto demonstrou o potencial negativo do localismo hegemônico.

1.1.5 Da Fundamentação à Materialização da Proteção aos Direitos Humanos

No campo dos direitos humanos, além disso, a discussão ainda presente parece deixar sem eco a contundente crítica de Bobbio (1992, p. 25), de que não se deveria mais discutir os fundamentos dos direitos humanos, mas assegurá-los, dotar de eficácia as diversas declarações que já os enumeraram e os consideraram universais. Alves concorda com a afirmação de Bobbio, de que não se deve mais discutir os fundamentos, mas tratar de dar aplicação àquilo sobre o qual já se tem clareza:

Não há dúvida de que Bobbio tinha razão ao fazer tal afirmação. Afinal, são os políticos que decidem, *motu proprio* ou sob pressão, promover – ou não – o respeito pelos direitos humanos. O problema que se colocou com a modernidade é que os argumentos dos filósofos, longe de justificar os direitos fundamentais consagrados na Declaração, podem representar, nas mãos de líderes políticos e religiosos a eles contrários, instrumentos legitimantes para sua

rejeição. Se os direitos são uma invenção intransferível da cultura ocidental, ela própria injusta e apenas dissimuladamente libertária, como se pode coerentemente impedir os talibãs de enclausurarem as mulheres afegãs? Como exigir dos aiatolás iranianos que aceitem a comunidade *bahai*, proscrita em sua Constituição? Como exigir a revogação da *fatwa* de execução contra o escritor Salman Rushdie, se uma *fatwa* religiosa é irrevogável por definição? Como promover a liberdade de crença e de expressão se a *sharia* islâmica fundamentalista prevê, até mesmo, a crucificação de apóstatas? Como condenar a repressão aos dissidentes chineses e norte-coreanos, quando o confucionismo, muito mais do que qualquer tipo de "socialismo", impõe como valor crucial a obediência à autoridade? A resposta não necessita ser metafísica, nem necessariamente "imperialista". Ela pode ser histórica e condizente com o Direito Internacional (A DECLARAÇÃO, 2005).

1.1.6 A Especificação dos Direitos Humanos

Várias etapas foram percorridas: de conversão em direito positivo, de generalização, de internacionalização e, sobretudo, de especificação, consistente no direcionamento das ações para grupos de seres humanos destinatários de direitos específicos (BOBBIO, 1992, p. 35). As declarações de direitos que se seguiram à de 1948 exemplificam essa especificação, como a Declaração de Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher (1967) e a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971).

Os eventos patrocinados pela ONU na última década do século XX continuaram a ressaltar a delimitação dos temas como um instrumento de evolução desse processo que muitos acreditam haver proporcionado a consciência da universalização dos direitos humanos, como a Cúpula Mundial sobre a Criança (1990), a Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos (1993) e a Conferência da Mulher (1995), todos realizados na denominada Década das Conferências (ALVES, 2001). Um exemplo recente da continuidade desse processo foi a 2ª Assembléia Mundial sobre o Envelhecimento (2002).

1.1.7 Universalismo versus Culturalismo

As referências ao caráter universal desses direitos aparecem por toda parte, em todas as Declarações, em muitos tratados, denunciando a necessidade de repetir exaustivamente, para deixar claro a todos, uma universalidade que permanece questionada e pouco realizada.

A crítica de Cançado Trindade (2000) à ordenação dos direitos humanos em gerações, por exemplo, ressalta o potencial conflito cultural revelado pela universalidade embutida na

classificação, que estaria dissociada da evolução dos estados nacionais não-ocidentais e das culturas inerentes a esses estados:

Do ponto de vista jurídico, a teoria das gerações de direitos não tem nenhum fundamento. Vou dar dois exemplos práticos, concretos, sobre os perigos da teoria das gerações de direitos. Primeiro, a concepção que prevalece no mundo ocidental e sobretudo ao norte do Equador, na América do Norte, onde, para a maioria das pessoas, os direitos humanos são sinônimos de civil rights e os direitos econômico-sociais seriam puramente programáticos, o que ainda é a visão que prevalece em países como Estados Unidos e Canadá, como todos sabemos. Por outro lado, há a visão que prevalece no extremo oriente. Tive oportunidade de visitar a China duas vezes, através do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Na segunda visita, estive com um juiz da Corte Européia. Foram dois convidados: um do sistema interamericano e um do sistema europeu.

O Juiz Foighel, da Corte Européia, falou sobre a jurisprudência em matéria de devido processo legal na Europa, e eu falei sobre a jurisprudência incipiente interamericana.

Os chineses nos escutavam um tanto atônitos e diziam: 'Aqui damos um fair trail and then we hang everybody'. Eles não têm essa mesma noção de direitos de devido processo que, na verdade, permeia os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Essa concepção tem causado grande dano à evolução dos direitos humanos. Por exemplo, por que razão a discriminação é combatida e criticada somente em relação aos direitos civis e políticos e é tolerada como inevitável em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais? Porque são supostamente de segunda geração e de realização progressiva.

Então, vemos uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou mesmo de direitos políticos mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante. Em vez de ajudar a combater essa visão atomizada, essa teoria de geração de direitos convalida esse tipo de disparidade.

Estava mencionando que, no caso da China, para os chineses, ao contrário dos americanos do Norte, os verdadeiros direitos são os econômicos e sociais, Os direitos civis e políticos, os direitos ao devido processo ficam para o século XXI ou para o século XXII. Da mesma maneira, na América Latina é o contrário. Os direitos econômicos e sociais vão deixar o bolo crescer, como já se dizia na época da ditadura, e depois quem sabe no futuro vamos dividi-lo. Vejam os perigos dessa teoria (TRINDADE, 2000).

Outra amostra dos questionamentos enfrentados pela proposta universal dos direitos humanos pode ser encontrada no resumo apresentado por Janice Theodoro (1998):

Uma cultura voltada para as guerras, para confrontos em torno da definição de fronteiras, da formação do Estado Nacional, da idéia de cidadania pressupõe como elemento básico obediência a certas regras, códigos, éticas pelos quais se humaniza o conflito: os direitos humanos formam o capítulo da tolerância transformada em norma.

Ouvi, certa vez, uma história exemplar dos chineses. Ao serem indagados sobre como encaravam a Revolução Francesa e a idéia de cidadania, responderam de forma precisa e contundente: "Estamos observando". Mas, se esta mesma pergunta for feita para um brasileiro ou francês creio que as respostas partirão dos mesmos pressupostos. A Revolução Francesa é um marco de igual importância para nós e para eles. Por que?

Observando a resposta chinesa percebemos que os chineses têm uma noção do tempo, de política e do papel do homem na sociedade diferente da nossa. Não se animam muito com respostas políticas envoltas em guerras, que favoreçam a desordem e crises de fome. Estão longe de querer copiar formas ocidentais sustentadas em torno da idéia de cidadania e, diversamente dos ocidentais, tem respeito aos interesses do grupo, valorizam a obediência e a hierarquia.

Quando estive na China, entrei na discussão sobre direitos humanos, uma questão muito delicada e difícil. Alguns chineses, com quem abordei o tema, olhavam-me e diziam: "Minha

senhora, quando nós morríamos de fome, ninguém falava em direitos humanos nem se preocupava conosco. Quando Hong Kong estava sob o domínio britânico (nos velhos tempos), eles, os ingleses, jamais demonstraram preocupação com direitos humanos dos chineses. No entanto, pouco antes de devolverem Hong Kong à China, os antigos senhores coloniais fizeram pronunciamentos retumbantes sobre esses direitos e sobre a democracia que implantaram no apagar das luzes. Por que só no final do domínio britânico? Vamos comemorar o retorno de Hong Kong a China? Por que?

Refletir sobre Oriente e Ocidente é um bom exercício para nos interrogarmos sobre a história da América. Também devemos nos interrogar sobre a Índia, Indonésia, Tailândia, Vietnã. Acompanhar a história dessas gentes representa abrir as portas para a compreensão de um novo paradigma, já que os referenciais históricos do Oriente foram construídos em torno de variáveis, que ultrapassam a história do colonialismo europeu, história que nunca foi absorvida pela narrativa histórica do Ocidente (THEODORO, 1998).

PANIKKAR (1983) afirma ser recente a percepção de que o problema dos direitos humanos tem sido fruto de um diálogo muito parcial nas culturas existentes no mundo, o que torna pertinente a questão sobre a possibilidade de extrapolação dos direitos humanos a partir do contexto cultural e histórico em que nasceram para torná-los válidos em escala mundial. Assim, partindo da constatação de que os direitos do homem conforme apresentados na Declaração Universal da ONU ostentam inegáveis raízes ocidentais, Panikkar responde à questão apresentando algumas razões fundamentais para a impossibilidade de os direitos do homem serem um conceito universal.

Primeiro, porque nenhum conceito é universal por si só, e para tornar-se universal o conceito dos direitos do homem deveria ser o ponto de referência universal para toda a problemática relativa à dignidade humana e ser o inspirador de uma ordem social justa. Além disso, a cultura que deu origem ao conceito deveria ter aptidão para ser considerada universal, e a cultura ocidental, evidentemente, não atende a tais requisitos. Segundo, porque as circunstâncias que deram origem à formulação dos direitos do homem dão ensejo à discórdia quanto aos postulados religiosos, sócio-econômicos e históricos adotados, alguns dos quais estão ausentes de outras culturas, o que dificulta até mesmo a percepção do problema em determinados ambientes culturais. Panikkar (2003), entretanto, reconhece que admitir o fato de os direitos do homem não serem um conceito universal não significa que não se deva procurar um meio de assim torná-los.

ALVES (1994), entretanto, com base na experiência acumulada em muitos anos de atuação nos principais fóruns internacionais, não tem dúvidas em proclamar a universalidade dos direitos humanos. Para o autor, trata-se de uma universalidade construída a partir das experiências nacionais ocidentais, transferida paulatinamente para os fóruns internacionais e respaldada pelas diversas manifestações da coletividade internacional, seja por meio de instrumentos meramente declaratórios seja por meio de instrumentos coercitivos.

A experiência internacional favorece, de fato, esse entendimento. Inicialmente, é inegável que a Declaração Universal de 1948 e os textos da Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1968 poderiam ser considerados ambíguos, pouco efetivos³ e não representativos no que se refere aos atores internacionais envolvidos, conforme pode ser conferido no relato de Alves (2001, p. 107-108):

Em paralelo às discussões filosóficas inconclusivas sobre universalismo e relativismo, a universalidade dos direitos humanos vinha sendo politicamente questionada desde a fase de elaboração da Declaração dos Direitos Humanos, adotada por voto e com oito abstenções pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 com o título de Declaração Universal. Embora tal questionamento nunca tivesse sido consistente, tendendo os Estados a recorrer a ele apenas quando tinham seu comportamento criticado, é inegável que a falta de consenso em que se deu a adoção da Declaração de 1948 e o fato de que dois terços da humanidade viviam em regime colonial sob domínio do Ocidente, sem qualquer participação na definição internacional de direitos, davam fundamento às objeções.

O panorama muda substancialmente quando se olha a Conferência Mundial de 1993, à qual compareceram representantes de 171 Estados membros, 2 movimentos de liberação nacional, 15 órgãos das Nações Unidas, 10 agências especializadas, 18 organizações internacionais e mais de 800 organizações não-governamentais. Nesse ambiente, tanto as delegações de Estados dos mais diferentes matizes culturais como as organizações não-governamentais de todos os tipos e interesses manifestaram-se sobre os temas da universalidade dos direitos humanos e da questão da prevalência de uns em face de outros no

³ O teor do art. 13 da Proclamação de Teerã, de 1968, dá uma idéia dos problemas que a redação contraditória acarretou: “13. Como os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis, a plena realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível. O alcance do

caso de conflitos insuperáveis. Assim, os valores do socialismo, os valores asiáticos, os valores muçulmanos, todos foram objeto de discussão (ALVES, 2001).

Como resultado, o artigo 5º da Declaração de Viena, aprovada por unanimidade, estabeleceu:

“5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes, inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e sociais.”

Essa redação, que não é perfeita, deixa claro que a comunidade internacional, ao menos naquele momento, optou por tratar os direitos humanos de forma global. Ou seja, as soluções deverão ser globais, aplicáveis a todos os seres humanos, em todos os locais. Admitindo o respeito a particularismos locais, ficou definido que tal respeito não poderia afastar o mais essencial respeito aos direitos humanos. A Declaração de Viena foi, portanto, o “primeiro documento internacional a outorgar concordância planetária à validade transcultural teórica dos direitos humanos, antes postulada sem consenso e sem participação representativa de todas as culturas pela Declaração de 1948” (ALVES, 2001, p. 110).

Não obstante, a discussão não foi encerrada em 1993. O que mudou, de fato, foi o foco da discussão. Foi como se, a partir dali, muitos dissessem: Muito bem, os direitos humanos são universais e os particularismos culturais devem ser considerados. Mas como é que essas duas coisas se harmonizam na prática? Como é que podem ser identificados esses direitos universais e produzidas normas internacionais para defendê-los?.

A tentativa de abordagem harmônica desse conflito, tornando-o apenas aparente, é objeto das considerações de pensadores como Panikkar, Boaventura Santos e Habermas,

dentre outros, mas o aprofundamento do tema extrapola o objetivo deste texto. É suficiente estar ciente de que essas diferenças de entendimento quanto ao conteúdo e aos limites culturais ao que se considera direitos humanos desafiarão a aplicação dos instrumentos internacionais aos casos concretos.

1.1.8 As Vertentes do Direito Internacional da Pessoa Natural

Merece registro o fato de a proteção internacional da pessoa natural ter-se desenvolvido segundo três vertentes, comumente tratadas em apartado em razão das origens históricas distintas. Não obstante, a aproximação dessas vertentes – direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados – tem ocorrido tanto no plano normativo quanto no operacional. Esse propósito comum da salvaguarda da pessoa natural sujeita a risco encontra-se expresso, por exemplo, na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, cujo art. 227 estabelece o compromisso de proteção e assistência humanitária às crianças refugiadas (TRINDADE, 1996, p. 29-33).

1.2 A Emergência dos Direitos da Criança

Uma retrospectiva histórica da infância será obrigatoriamente fragmentada. A escassez de dados, a concentração destes sobre as crianças das classes mais abastadas, as desigualdades sociais e geográficas e, sobretudo, o fato de a história da infância ser contada pelos adultos são apontados como razões da dificuldade assinalada (MONTEIRO, 2002, p. 17).

Na antiguidade, a criança, cria do homem, era considerada coisa a ser aperfeiçoada, cuja viabilidade era objeto do juízo de vida ou de morte dos pais ou das pessoas consideradas dotadas do poder de aferir, já no nascimento, se, para o bem do nascido e da cidade, a cria deveria ser deixada a morrer⁴. Assegurava-se ao pai, igualmente, por exemplo, os poderes de

⁴ A Tábua 4, da Lei das Doze Tábuas, ao tratar do pátrio poder, determinava que fosse morta a criança ‘monstruosa’, além de admitir a venda do filho por até três vezes.

dar, vender, flagelar e prender os filhos. Somente sob a influência dos costumes germanos e da doutrina cristã os romanos seriam conduzidos à criminalização da conduta de matar crianças (MONTEIRO, 2002, p. 29-31).

O poder de disposição dos chefes das famílias sobre as crianças era quase ilimitado. O filho pertencia à família, não era sujeito de direitos, era um instrumento vinculado à finalidade de perpetuação da família. Com o cristianismo, esse poder sobre a prole adquiriu um fundamento novo, de índole protetiva, o de ser meio de salvaguarda da descendência. Ou seja, aquele que trouxe o ser ao mundo tem o poder-dever de zelar pelo seu desenvolvimento (MÔNACO, 2002, p. 19-20). A família era organizada em torno do *pater famílias*, detentor do *patria potestas*, que, conforme o contido na Lei das Doze Tábuas (450 a.c.), assegurava ao pai o *jus vitae necisque* (direito de vida e de morte) sobre os filhos:

Por isso, entre os romanos, o verdadeiro nascimento não era o biológico, mas o simbólico [...] não havia senão duas categorias de cidadãos: os *patres familiarum* (pais de família) e os *filií familiarum* (filhos de família), sendo estes *alieni juris*, isto é, juridicamente dependentes dos pais, permanecendo crianças enquanto o pai (ou o avô) estivesse vivo [...] O *patria potestas* foi sendo progressivamente restringido, designadamente o *jus vitae necisque*. [...] Em 319, o imperador Constantino equiparou a morte de um filho pelo pai ao parricídio, o mais grave dos crimes contra a família [...] Não obstante, o poder paternal continuou a ser a pedra angular da instituição familiar ao longo dos séculos (MONTEIRO, 2002).

A Revolução Francesa atingiu o poder patriarcal. Embora o *patria potestas* não tenha sido totalmente abolido, o Código Civil, de 1804 introduziu o conceito do interesse do menor, e o interesse da criança emergiu como princípio jurídico, “mas principalmente como apelo aos sentimentos e à auto-limitação do poder paternal. A concepção revolucionária inicial do casamento e da família cedeu a uma concepção em que a *pietas* deveria contrabalançar o *potestas*” (MONTEIRO, 2002, p.81-89). Ou seja, uma proteção motivada pela piedade, não porque estivesse em curso uma violação a direito fundamental da criança como ser humano.

O tratamento das crianças como seres portadores de necessidade especiais é uma construção do século XIX. Reconhecida sua vulnerabilidade e dependência, as crianças deixaram de ser vistas como servos à disposição dos interesses dos pais, ou “pequenos

adultos” capazes de enfrentar extensas jornadas de trabalho. Tanto órgãos públicos quanto entidades privadas começaram a acordar para a necessidade de proporcionar especial atenção às necessidades das crianças. O fato de as associações de proteção às crianças terem surgido após o aparecimento das sociedades protetoras dos animais revela o descaso com que os direitos da infância eram tratados até muito recentemente (MONTEIRO, 2002, p. 92-93).

O longo e tardio processo de identificação da criança como um ser passível de atenção especial da sociedade, ademais, padeceu da prevalência do inadequado foco no binômio *criança carente/delinquente*:

“Na idade média, ao contrário, a infância não era percebida como categoria diferenciada dos adultos. Entretanto, com a posterior concentração das comunidades humanas nas cidades e o contemporâneo nascimento da escola como instituição (espaço público onde parte das crianças passou a ser educada e socializada), tal situação mudou. [...] a simultânea presença nas cidades de camadas de homens livres marginalizados da fruição da riqueza socialmente produzida [...] gerou uma imensa massa de crianças e adolescentes que não tinham acesso à nova instituição, a escola. Esse grupo de crianças não-escola, em sua grande maioria inserida muito precocemente no mercado de trabalho em condições sub-humanas de exploração, viveu or séculos em completa marginalização, em situação de fome, de elevadíssimas taxas de mortalidade, em suma, de funda miséria. [...] E assim historicamente se construiu a categoria criança não-escola, não-família, criança desviante, criança em situação irregular, enfim, carente/delinquente, que passa a receber um mesmo tratamento – e a se distinguir de nossos filhos, que sempre foram simplesmente vistos como crianças e jovens –, compondo uma nova categoria, os *menores* (MACHADO, 2003, p. 33).

Essa ênfase no binômio carência/delinquência, entretanto, mal disfarça uma abordagem egoísta, que não tem a defesa do interesse do menor como ponto central. O reposicionamento da discussão dos direitos da criança somente ocorreu quando as sociedades nacionais, primeiro, e a sociedade internacional, depois, passaram a tratar as questões referentes aos direitos da criança com fundamento na prevalência do melhor interesse do menor, um realinhamento inegavelmente ajustado ao primado do respeito à dignidade da pessoa humana e à emergência dos direitos humanos como tema global.

1.2.1 O Princípio do Superior Interesse da Criança

Hoje, como afirma Ubillos (2003, p. 301), o fenômeno do poder privado desequilibrando as relações privadas é inegável e merece ser objeto de considerações semelhantes às aquelas antes só opostas ao comportamento do Estado violador dos direitos

fundamentais. Esse poder privado sempre esteve presente na relação de subordinação da criança a seus responsáveis, razão pela qual, nessa órbita de relacionamento, o Estado intervém como agente da prevalência do melhor interesse do menor também no relacionamento familiar.

Antes mesmo de aparecer no Código Civil francês, o princípio do superior interesse da criança deu seus primeiros passos por meio do instituto do *parens patrie* utilizado no período medieval inglês para a defesa dos interesses daqueles que não pudessem fazê-lo por conta própria. A partir do século XVIII, também na Inglaterra, distinguiu-se a atuação em defesa dos interesses da criança daquela dirigida à defesa dos interesses dos demais incapazes, como os acometidos de doenças mentais. De qualquer modo, a defesa do melhor interesse da criança tinha como foco a manifestação de vontade do pai ou da mãe, como se o direito de propriedade desse em relação à coisa-criança fosse o elemento determinante a ser considerado. O princípio foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos, quando uma Corte da Pensilvânia decidiu que o fato de a mãe haver cometido adultério não deveria ser o elemento determinante da decisão quanto à guarda da criança. Esta deveria levar em consideração os cuidados dispensados pela mulher à criança, sem prejuízo do relacionamento da mulher com o marido. A decisão, assim, deveria buscar, com neutralidade, o melhor interesse da criança (PEREIRA, 2000, p. 1-4).

Biocca (2004, p. 311-312) conceitua o interesse superior da criança como o conjunto de bens necessários ao desenvolvimento integral e a proteção da criança em um determinado momento, em uma certa circunstância, considerado seu caso particular. O interesse da criança não é, portanto, uma noção abstrata, mas o interesse de uma dada criança, apurado tendo em vista a situação concreta em que inserida essa criança.

A respeito da importância do primado do princípio, Bennet (1998) afirma:

Embora os sistemas legais, as normas culturais e as crenças ideológicas existentes nos países possam diferir, uma coisa que tem permanecido consistente e tem permitido que delegados de

todos os países concordem é a consciência de que o ‘melhor interesse da criança’ é o *overwhelming paramount principle* na criação de convenções relacionadas a crianças e o princípio fundamental com o qual todos os países concordam (tradução nossa).

A definição contida na legislação de Michigan, EUA, sobre o princípio da prevalência do superior interesse da criança proporciona uma visão adequada do rol de questões que potencialmente serão avaliadas no momento da decisão acerca da solução que melhor atenderá à prevalência desse interesse no caso concreto:

“best interests of the child” means the sum total of the following factors to be considered, evaluated, and determined by the court: (a) The love, affection, and other emotional ties existing between the parties involved and the child. (b) The capacity and disposition of the parties involved to give the child love, affection, and guidance and to continue the education and raising of the child in his or her religion or creed, if any. (c) The capacity and disposition of the parties involved to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in place of medical care, and other material needs. (d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment, and the desirability of maintaining continuity. (e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home or homes. (f) The moral fitness of the parties involved. (g) The mental and physical health of the parties involved. (h) The home, school, and community record of the child. (i) The reasonable preference of the child, if the court considers the child to be of sufficient age to express preference. (j) The willingness and ability of each of the parties to facilitate and encourage a close and continuing parent-child relationship between the child and the other parent or the child and the parents. (k) Domestic violence, regardless of whether the violence was directed against or witnessed by the child. (l) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute (MICHIGAN, 1970).

1.2.2 Direitos da Criança no Plano Interno

Os Estados, individualmente, foram criando o direito da criança, sob a denominação de direito do menor, com o foco na solução de problemas como o abandono e a delinquência. Foi assim também no Brasil (BOTELHO, 1993).

Primeiro, com o direito penal do menor, presente nos Códigos Penais brasileiros de 1830 e 1890, em que imputava-se responsabilidade ao menor de 18 anos “em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”. Depois, com o advento do Código de Menores de 1979, a “situação irregular” do menor era avaliada para eventual aplicação de “medida terapêutica” por um juízo dotado de competência penal e tutelar. O Código de Menores de 1979 já trazia em seu texto, entretanto, que na aplicação da lei “a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

Finalmente, com a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico nacional, além de assegurar às crianças e adolescentes os mesmos direitos fundamentais conferidos aos adultos, reconheceu aos menores direitos especiais, peculiares às pessoas em desenvolvimento, direitos a serem garantidos por toda a sociedade, sobretudo pela família e pelo Estado (PEREIRA, 2000, p. 11-14).

O Art. 227 da Constituição brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente impõem à sociedade civil e ao Estado assegurar às crianças, entre outros, direitos referentes a:

a) Integridade física e moral da criança: a manutenção da integridade física e moral da criança compreende o acesso a recursos que lhe assegurem a manutenção da vida, da saúde, da alimentação e do adequado desenvolvimento físico e moral para o pleno alcance de suas possibilidades;

b) Criança na família: a especial situação de dependência da criança, resultante do desenvolvimento físico e psíquico incompleto, exige que o direito lhe proporcione proteção à obtenção e manutenção de adequado relacionamento familiar, o que se materializa, entre outros, sob os institutos da adoção, guarda e visita;

c) Educação da criança: o compromisso com o pleno desenvolvimento da criança impõe que lhe seja assegurado, em conjunto com outros direitos, o direito à educação;

d) Criança no trabalho: a criança deve ser protegida contra toda forma de exploração econômica, não sendo permitido que a eventual necessidade de participação na economia familiar leve ao ingresso prematuro no mercado de trabalho.

De especial relevância para este texto são os direitos da criança no seu relacionamento familiar, sobretudo os direitos referentes à guarda e à visita. No que se refere à guarda, o primado do superior interesse da criança fez surgir a figura da guarda compartilhada, considerada pela Convenção sobre Seqüestro e, segundo entendimento majoritário da doutrina brasileira, também amparada pela legislação civil pátria nos termos do Art. 1.583 do Código

Civil, quando este dispõe que os cônjuges terão liberdade para dispor sobre a guarda dos filhos no caso de dissolução da sociedade conjugal.

1.2.3 Direitos da Criança no Plano Internacional

De origem nacional, estribado no direito interno, o princípio do melhor interesse da criança alcançou relevância internacional. A partir da implantação nos ordenamentos jurídicos internos, abriu-se caminho à afirmação internacional dos direitos da criança, e o princípio do superior interesse deve ser considerado um dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” que o Artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça considera uma fonte de interpretação do Direito Internacional (MONTEIRO, 2002, p. 146). A partir da segunda metade do século XX, juntamente com a internacionalização da questão dos direitos humanos, os direitos da criança foram elevados ao patamar de tema global.

Já em 1924, entretanto, a Declaração de Genebra, no âmbito da Liga das Nações, afirmava a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial⁵. Em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, novo passo foi dado, e reconheceu-se à criança “o direito a cuidados e assistência especiais”. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, Resolução nº 1.386, de 20 de novembro de 1959, da Assembléia Geral da ONU, estabeleceu em seu Segundo Princípio:

a criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança⁶.

O processo de emergência dos direitos humanos (e também dos direitos da criança) como tema global permitiu que fosse conferido o necessário destaque internacional às necessidades especiais da criança na condição de pessoa em desenvolvimento.

⁵ Verificar no Anexo a Declaração de Genebra, de 1924

De fato, a criança, tema do primeiro dos grandes encontros internacionais da agenda social da Organização das Nações Unidas nos anos 90, na denominada Década das Conferências (ALVES, 2001, p. 24), integra um grupamento humano cuja proteção, embora sempre invocada com destaque nos discursos políticos e textos jurídicos, tem tido sua efetividade reiteradamente afligida pelo descaso de entes estatais e privados nacionais e internacionais, o que proporciona toda sorte de violações dos direitos mais elementares daqueles que “por sua própria natureza, são os seres mais vulneráveis e desprotegidos da espécie humana” (CÁRDENAS, 2000, p. 207)

Tanto no plano interno quanto no plano internacional, a defesa dos direitos da criança é um desses temas que desperta manifestações de simpatia em todos os lugares e entre todos os envolvidos nas discussões nacionais e internacionais. Essa boa vontade geral já havia sido identificada quando da aprovação da Declaração dos Direitos da Criança, e novamente se fez presente quando da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº 44/25, de 20 de novembro de 1989.

A boa vontade para com o tema não representa, entretanto, garantia da inexistência de divergências no processo de discussão ou de futura eficácia operacional dos textos normativos aprovados. A tranqüilidade com que se desenvolveu a Cúpula Mundial sobre a Criança, realizada na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, de 28 a 30 de setembro de 1990, foi resultado de intensos trabalhos na década anterior e de modificações na política internacional, sobretudo no sentido Leste-Oeste:

O fato de três dias terem sido suficientes para as negociações e aprovação de documentos não significa que o tratamento do tema não comportasse divergências. Elas se haviam manifestado acirradamente por dez anos, entre 1979 e 1989, no processo de elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança, tanto por diferenças ideológicas típicas da Guerra Fria, como por motivos de ordem econômica e cultural, no sentido Norte-Sul. Mas as discordâncias amainaram com a evolução da distensão Leste-Oeste, de tal forma que foi possível ter a Convenção adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme desejava o Unicef (Fundo das Nações Unidas para as Crianças), no momento em que se celebravam os trinta

⁶ Conferir a Declaração Universal dos Direitos da Criança no Anexo.

anos do primeiro documento normativo da ONU sobre a matéria: a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 1959. (ALVES, 2001, p. 48).

No que se refere aos conflitos de interesses em que envolvidos menores, durante muito tempo, muito mais do que o razoável, as sociedades observaram o conflito entre o bem estar do menor e o interesse pessoal de um ou de ambos os genitores sem o adequado enfrentamento do problema (CÁRDENAS, 2000, p. 208). Finalmente, compreendeu-se que esse conflito de interesses deve ser resolvido com o foco voltado para a prevalência do interesse da criança. Ou seja, as disputas não podem ser enfrentadas sob o primado dos princípios que regem os interesses sobre coisas, pois o que se encontra em questão são direitos humanos.

Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança tenha consagrado internacionalmente o princípio do ‘interesse superior da criança’, o caminho percorrido foi acidentado:

Na sua primeira formulação geral, adoptada pelo Grupo de Trabalho da Convenção, em 1980, o interesse superior da criança deveria ser a ‘consideração suprema’, mesmo para os pais e tutores da criança. No ano seguinte, durante a discussão do novo projeto revisto, apresentado pela Polónia, os EUA retomaram uma proposta do ano anterior e apresentaram uma versão diferente, que considerava o interesse superior da criança como ‘uma’ consideração ‘primordial’, acrescentando ‘oficiais’ à palavra ‘decisões’, relativas às crianças, e excluindo a referência aos pais e tutores da criança. Durante o debate, algumas delegações suscitaram a questão de saber se o interesse superior da criança deveria ser ‘a’ consideração ‘primordial’, o que parecia excessivo, ou ‘uma’ consideração ‘primordial’. Argumentou-se que, em certas circunstâncias, outras prioridades se podem impor. Foi também posta em causa a imposição de obrigações aos pais e aos tutores em tratado internacional (MONTEIRO, 2002, p. 147-148).

A questão da disciplina de relações privadas por meio de tratados já vinha sendo enfrentada em alguns fóruns internacionais, pois o incremento do número de situações em que presentes elementos de conexão internacional, como o deslocamento compulsório do menor de um Estado para outro, já evidenciara a necessidade de encontrar soluções que adequadamente enfrentassem o desafio representado por essas situações de interesse privado tornadas mais freqüentes pela ampliação do deslocamento de pessoas pelo mundo:

para impedir que estos desplazamientos que tienen en su génesis motivos egoístas resultem exitosos para quienes los han llevado a cabo, los Estados han comprendido que se trata de um problema que precisa de soluciones convencionales. Por tanto, se impone la mutua cooperación [...]

Com tales propósitos los foros internacionales se han preocupado por elaborar distintos mecanismos de protección, entre los que se testacan los implementados em convênios internacionales, sean bilaterales o multilaterales. (Cárdenas, 2000, p.208).

Monteiro (2002), autor português, afirma que, quanto à forma de enunciar o caráter primordial do interesse superior da criança na Convenção sobre os Direitos da Criança, não se pode dizer ter havido uma tese vencedora para todo o texto, pois se o § 1º do Artigo 3º dispõe que “todas as decisões que dizem respeito às crianças, quer sejam tomadas pelas instituições públicas ou privadas de proteção social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos legislativos, o interesse superior da criança deve ser uma consideração primordial”, o Artigo 21 prescreve que os Estados-Partes “que admitem e/ou autorizam a adoção asseguram-se de que o interesse superior da criança é a consideração primordial na matéria” (grifos nossos). No texto brasileiro, entretanto, não se observa essa diferença.

A proteção internacional dos direitos da criança insere-se no conjunto mais amplo da proteção internacional dos direitos da pessoa natural. É adequado, portanto, antes de abordar a disciplina jurídica dos direitos das crianças, discorrer sobre mais alguns aspectos da proteção internacional das pessoas naturais.

1.2.4 Direitos Humanos e o Direito Internacional Privado

Os direitos humanos ganharam relevância no direito interno e no direito internacional. No âmbito interno, tanto as constituições quanto outros textos normativos passaram a cuidar da especificação dos direitos fundamentais e respectivas garantias. O mesmo ocorreu no âmbito externo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção marcado por lógica própria e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos, e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.

Tal *corpus juris* abriga, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção que as consagram, e, no plano operacional, uma série de mecanismos (essencialmente, de petições ou denúncias, relatório e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender uma das grandes

preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional, em toda e qualquer circunstância. (TRINDADE, 2003, p. 20).

O Direito Internacional Privado também foi atingido pela emergência dos direitos humanos como tema global.

As conceituações clássicas do Direito Internacional Privado enfatizam a solução de conflitos de interesses conectados a mais de um ordenamento jurídico. E os intérpretes e aplicadores das regras conflituais atuavam com o olhar voltado para a segurança jurídica proporcionada pela aplicação fria dos dispositivos normativos, sem homenagem aos direitos humanos, sem atenção à justiça material.

Segundo a concepção clássica, o objetivo do método do DIPr é assegurar igualdade de tratamento aos sujeitos da relação jurídica conflituosa, bem como proporcionar harmonia e previsibilidade quanto às decisões referentes a relações jurídicas assemelhadas:

O Direito Internacional Privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações (ou situações) aquelas que entram em contato, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações ‘plurilocalizadas’ (CORREA, 2000, p. 11).

O Direito Internacional Privado é um direito sobre o direito, com regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional (ARAÚJO, 2003, p.31).

O método tradicional do DIPr: um problema de DIPr, para a concepção clássica, não é um problema de justiça material, mas sim a escolha da lei aplicável indicada pela norma de conflito. O seu objetivo consiste em promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da uniformidade da respectiva valoração por parte dos diversos sistemas interessados. Com isso evita-se a frustração das partes e terceiros (STRENGER, 1968, p.24.)

Identifica-se hoje, igualmente, uma tendência convergente dos direitos públicos e privados, com uma publicização do direito privado e uma privatização do direito público, com a construção de uma autonomia privada-pública que garanta o primado dos direitos fundamentais (COUTINHO, 2003, p. 179-181). O direito privado, antes marcado pelas doutrinas individualistas dos séculos XVIII e XIX, foi atingido pelo constitucionalismo:

Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (Drittwiekung) e do dever de protecção de

direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (Schutzpflicht) na ordem jurídico privada dos contratos. (CANOTILHO, 2003, p. 340).

A questão da vinculação da relação privada aos direitos fundamentais, e do papel do Estado na materialização desses direitos, diz respeito ao reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

A teoria da dupla dimensão – a subjetiva e a objetiva – dos direitos fundamentais é, ao que parece, a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional alemão em matéria de direitos fundamentais. É o *ovo de Colombo* da dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra. A partir dela, fundamentam-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos à proteção do indivíduo e deveres de proteção do Estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 105).

A admissão da influência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não se ajustava ao entendimento liberal tradicional, ante o qual os direitos fundamentais eram concebidos como direitos a serem exercidos pelo indivíduo exclusivamente contra o Estado, uma vez que a finalidade precípua seria a da proteção da sociedade contra os abusos do poder estatal. A realidade social demonstrou, entretanto, que as violações aos direitos fundamentais não se originam exclusivamente nos entes estatais, cabendo ao Estado, nesse caso, proporcionar os meios que assegurem o primado dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares (ANDRADE, 2003, p. 273-274).

Evidentemente, o Direito Internacional Privado não poderia ficar imune à temática dos direitos humanos, uma vez que a proteção da pessoa humana é considerada hoje um dos objetivos fundamentais dos ordenamentos jurídicos de quase todos os países, integra textos constitucionais - como o brasileiro, em que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República indicado no inciso III do Art. 1º da Constituição - e impõe modificações ao resultado da aplicação do método conflitual do DIPr:

continuar com o sistema do DIPr do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos quando é preciso usar a regra de conexão, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas. Utiliza-se uma técnica sofisticada – o método conflitual -, mas cega às necessidades do indivíduo. O DIPr não prescinde mais dessa ótica principiológica, e adota os preceitos constitucionais na sua metodologia operacional e interpretativa. (ARAÚJO, 2003, p. 9-10).

A preocupação com a pessoa humana também aproxima o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado, pois essas duas disciplinas deixam de ocupar espaços que pouco se tocavam para relacionarem-se em novo ambiente. Esse novo ambiente tem a dignidade e o bem estar da pessoa humana como imperativos de justiça social, e o “valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2002, p. 55), e, evidentemente, de todo o ordenamento jurídico.

Historicamente, em razão de o direito internacional privado ser um direito eminentemente interno, definido soberanamente pelo Estado nacional de forma unilateral, o relacionamento entre o direito internacional privado e o direito internacional público ficava restrito às considerações referentes às imunidades, tratamento do estrangeiro, denegação de justiça e outros temas semelhantes, considerados pelos legisladores e magistrados quando no exercício da elaboração e aplicação do direito internacional privado (EEK, 1973, p. 38).

O relacionamento entre o direito internacional público e o direito internacional privado também se fazia presente, ainda que mais raramente, em razão do esforço de uniformização por meio de alguns tratados contendo regras de direito privado diretas e regras conflituais, do que são exemplos o Código Bustamante e o Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem, promulgados no Brasil em 1929 e 1932, respectivamente.

A emergência dos direitos humanos como tema global, entretanto, alçou esse relacionamento a novos patamares. Dessa nova realidade são exemplos as determinações contidas nas convenções das Nações Unidas sobre direitos humanos, que impõem aos Estados signatários o compromisso de ajustar seus ordenamentos aos princípios ali contidos, bem como as novas e específicas convenções sobre temas típicos do direito privado, como aquelas oriundas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que incluem em seus

textos regras diretas de direito privado e regras conflituais, e adicionalmente impõem aos Estados compromissos específicos de cooperação administrativa e judicial com os demais Estados partes (D'ANTONIO, 1994, p. 434).

Como afirma Dolinger (2003, p. XV), a interdependência do direito internacional privado e do direito internacional público no campo transnacional da criança fica evidente quando se observa “diplomas internacionais emanados das Nações Unidas, visando a proteção da criança contra o tráfico de pessoas, a prostituição e a pornografia, invocarem convenções de direito internacional privado da Conferência da Haia”.

A proteção à dignidade da pessoa humana, e os princípios daí decorrentes, como o da prevalência do superior interesse da criança (*best interest of the child*), alteram as condições de aplicabilidade do direito estrangeiro e atingem a metodologia peculiar do DIPr:

Essas incluem as regras de conexão clássicas, como outras técnicas de caráter principiológico e dotadas de maior flexibilidade – regras matérias de DIPr, regras flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção. Todas não podem prescindir do que Erik Jayme chama de *double coding*. É o entendimento da norma sob uma dupla perspectiva, pois estas precisam ser vistas de frente, quanto à sua finalidade, e de reverso, quanto a outros pontos atingidos por elas. Não são jamais intrinsecamente neutras. Trazem em si, além do objetivo precípua, uma proteção dos valores constitucionais, especialmente dos direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica. É um exemplo a Convenção da Haia sobre a adoção, que visa proteger o menor, não só do ponto de vista econômico, mas também do de sua identidade cultura (ARAÚJO, 2003, p.13).

A modificação imposta ao método e ao conteúdo do direito internacional privado dá-se em favor de regras e decisões comprometidas com o resultado alcançado. Como esclarece Nádia Araújo (2003, p. 14-18):

Esta orientação metodológica está comprometida com uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que, ao solucionar o conflito de leis, não ignorem as consequências do caminho encontrado. Esta jurisprudência está se construindo da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértice a Constituição, mas partindo da universalização dos direitos fundamentais. O papel do juiz, como intérprete do ordenamento jurídico, na aplicação do DIPr, está condicionado não só às leis internas especializadas sobre a matéria (LICC e CC, no Brasil) mas também aos direitos humanos. Estes possuem proteção especial no plano interno – pelas regras constantes do bloco constitucional, que incluem os princípios -, e no plano internacional – em sua dimensão global e regional. O DIPr precisa dispor de uma metodologia que incorpore o viés de um pensamento jurídico retórico-argumentativo, e não mais lógico-sistemático ou formalista, próprio das concepções positivistas ... Os princípios protetivos dos direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do Direito Internacional Privado de duas formas: na sua aplicação positiva e na sua aplicação negativa. Aplicação positiva porque a manutenção do método garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico que os indivíduos carregam consigo ... serve o

conceito de direitos humanos de baliza também no seu aspecto negativo, ou seja, quando a aplicação da lei estrangeira levar a um efeito negativo, implicando violação dos direitos humanos ... a definição dos limites é realizada pelo princípio da ordem pública ... a exceção da ordem pública é usada para garantir o respeito aos direitos fundamentais no plano interno e o respeito aos direitos humanos no plano internacional ... seu caráter indeterminado mutante e de difícil definição é definido pela ótica dos direitos humanos.

Novos princípios, como o da proximidade e o da dignidade da pessoa humana (do qual o princípio do superior interesse da criança é corolário), são agregados à disciplina e passam a atuar como auxiliares ao clássico princípio da ordem pública, agora ampliado para assegurar decisões que não apenas estejam conformes às razões de Estado mas também ao anseio de justiça no caso concreto (ARAÚJO, 2003, p. 20).

Assim, o moderno direito internacional privado consolida-se como um direito de remissão-decisão inspirado pela prevalência dos direitos humanos nas órbitas jurídicas internas e externa:

Berço da teoria do conflito de leis, com os estatutários italianos, e depois com a tese savigniana, incorporada nas grandes codificações, a Europa encontrava-se novamente na liderança do movimento precursor de uma nova era no DIPr. Ao invés de considerá-lo um mero direito de remissão, encara-o como um verdadeiro direito de decisão. Seu objetivo maior é promover a regulamentação adequada e materialmente mais justa da questão plurilocalizada. A disciplina é mais do que a designação formal de uma lei, preocupando-se com a justiça material na própria formulação das normas de conflitos. Esse desenvolvimento fez surgir novos tipos de regras: as normas materiais de DIPr, as narrativas e as de aplicação imediata. Não houve um abandono do método conflitual tradicional, mas um maior ecletismo para se obter a solução do problema, tornando o pluralismo de métodos uma de suas características. Enquanto no passado as regras conflituais tinham como objetivo apenas localizar a relação jurídica, hoje desenvolveram-se novos tipos, os quais, na definição de Paul Lagarde, teriam como objetivo designar a ordem jurídica que permite obter o resultado desejado pelo autor da regra de conflito ... O surgimento de regras de conflitos materiais ou substanciais em diversas convenções internacionais e códigos de países europeus atesta essa tendência, considerada um dos traços dominantes do atual DIPr. O aparecimento dessas regras se deu em diversos fóruns. Em primeiro lugar, na Conferência da Haia, com soluções de direito convencional dentro de uma nova visão sobre a solução para os conflitos de leis. Em segundo lugar, no plano regional, na codificação de caráter comunitário que está se alastrando por todas as áreas do direito, inclusive no DIPr. No plano interno, várias codificações nacionais foram modificadas com base na nova metodologia, dando maior flexibilidade às regras bilaterais, como no caso da lei suíça e da lei alemã. (ARAÚJO, 2003, p. 47-49)

1.2.5 Governança, Regimes e a Proteção aos Direitos da Criança

A emergência de um tema ao nível global não representa obrigatoriamente a adoção de tratamento uniforme ou de compromisso internacional com objetivos comuns. Cabe registrar

algumas considerações acerca da formação de regimes internacionais e avaliar a existência de um regime internacional de proteção aos direitos humanos e aos direitos da criança.

A inexistência de um governo central é uma das características que diferencia a sociedade internacional das sociedades nacionais. Os Estados nacionais, soberanos, não reconhecem formalmente autoridade que lhes seja superior. Assim, uma visão realista das relações internacionais aponta a anarquia como um pressuposto fundamental da política internacional, e qualquer tentativa de compreensão das relações entre as nações deve levar em consideração essa realidade, esse embate recorrente por riqueza e poder entre atores independentes em um ambiente anárquico. Não obstante, há suficientes demonstrações de que a cada vez maior interdependência dos Estados nacionais proporciona um grau de relacionamento que permite melhor explicar a sociedade internacional sob a ótica da anarquia com cooperação (MILNER, 1993).

É possível identificar ao menos dois significados para a palavra anarquia. Primeiramente, ausência de ordem, o que implica um ambiente internacional caótico, em que todos estão em confronto com os demais. As evidências não dão suporte ao acolhimento desta variante. Uma segunda definição para a palavra anarquia leva à ausência de governo. Ou seja, um sistema desprovido de um governo reconhecido por todos os entes dotados de poderes que o integram. Um sistema desprovido de uma instância de determinação do momento e da extensão do emprego da força. Ainda, um sistema desprovido de um corpo institucional destinado à legislação, à administração e à jurisdição. Em síntese, a ausência de uma autoridade central capaz de assegurar a adesão dos Estados aos compromissos e tratados internacionais de que eventualmente tenham tomado parte (MILNER, 1993).

Embora um governo capaz de controlar os Estados jamais tenha existido, é possível observar a existência de ordem nas relações entre Estados, o que facilita o enfrentamento dos desafios globais, como a poluição ambiental, as crises monetárias, os sempre presentes

conflitos entre nações e tudo o mais decorrente da cada vez maior interdependência global. O que pode ser identificado, portanto, é um contínuo processo de mudança e ordem, de governança sem governo.

Se, desde o século XVII, o denominado “templo westfaliano” representava o sistema em que a vontade e a atuação exclusiva dos Estados nacionais condicionavam o funcionamento da política mundial (ou das relações internacionais), desde meados do século XX que a realidade modificou-se. Ainda que sob uma perspectiva puramente legal os Estados mantenham o direito soberano de não estarem obrigados por acordos internacionais de que não sejam partes, nem mesmo quando tais acordos sejam apoiados pela maioria ou por todos os outros Estados, o fato é que “eles se encontram cada vez mais emaranhados em uma rede de interdependência e de arranjos regulatórios ou de colaboração, da qual geralmente não se podem livrar” (ZACHER, 2000, p. 86).

A última década do século XX, iniciada sob o impacto da queda do muro de Berlim e o final da Guerra Fria, representou um momento singular de ampliação dessa interdependência, o que levou Rosenau (2000, p. 11) a qualificá-lo como:

“momento em que as hegemonias declinam, as fronteiras (e os muros que as selam) desaparecem, quando nas cidades de todo o mundo as praças estão repletas de cidadãos que desafiam as autoridades, quando as alianças militares perdem sua viabilidade (para mencionar apenas algumas das muitas mudanças que estão transformando a política mundial), as perspectivas da ordem e da governança mundiais tornaram-se um tema transcendente.”

É possível que parte do otimismo identificável no texto de Rosenau tenha desaparecido no início deste século, levado pelos movimentos anti-globalização de 1999, pelos ataques de setembro de 2001 e pelo unilateralismo bélico adotado pela única potência militar de ação global. Não obstante, talvez tenha sido o momento em que a compreensão do potencial ordenador do processo de governança sem governo se tenha mostrado mais relevante.

1.2.5.1 Governança

O conceito de governança não é novo, e as resenhas sobre as origens do debate sobre

“as governanças” registram que a palavra é utilizada com diversos sentidos, e atribuem a Ronald Coase o emprego pela primeira vez em texto de economia dirigido à análise dos custos de transação nas atividades empresariais. Nos anos 80, a expressão “boa governança” foi empregada por organismos financeiros internacionais como sinônimo de atividades governamentais sintonizadas como o equilíbrio das contas públicas. No início da década de 90, Rosenau abordou o termo sob o enfoque da ordenação das relações internacionais, com inegáveis repercussões para o direito internacional, sentido que interessa para o presente texto (MILANI, 2002). Assim, governança está relacionada à ordem em um sistema sem governo. Ou seja, governança não é o mesmo que governo. Enquanto este indica a presença de uma autoridade formal, dotada de poder policiador para fazer valer as políticas selecionadas por meio de órgãos também formalmente instituídos, aquela revela a existência de normas e atividades que são aceitas e implementadas independentemente de poder de polícia, que se materializam apoiadas em objetivos comuns. Portanto, a análise da governança pressupõe “a ausência de alguma autoridade governamental suprema no nível internacional” (ROSENAU, 2000, p. 19). A governança, assim, transcende o governo, é mais ampla e pode resultar da ação de mecanismos informais, que levam as pessoas e instituições a reagirem de determinada maneira.

Ante tais considerações, é compreensível que a discussão sobre governança apareça acompanhada pela discussão dos regimes internacionais, e algumas vezes acompanhada do entendimento de que os termos seriam diferentes denominações para um objeto único. Isto porque o conceito mais acolhido para regimes os apresenta como arranjos que sustentam e regulamentam “as atividades que ultrapassam as fronteiras nacionais”, fundados em “conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e procedimentos decisórios para os quais convergem as expectativas dos atores” globais (ROSENAU, 2000).

De fato, os regimes são descritos como fenômenos que integram a governança sem governo, mas com esta não se confundem em razão de os princípios, regras e procedimentos que determinam a convergência das decisões dos atores impelidos (ou compelidos) pelos regimes referirem-se sempre a determinadas áreas temáticas das relações internacionais. E a diferença entre os conceitos fica evidente quando se verifica a presença dos mecanismos de governança em situações de ausência de regimes ou conflitos de regimes existentes. Nas palavras de Oran R. Young, citado por Rosenau (2000, p. 21-22):

“uma ordem internacional é um conjunto de entendimentos mantidos dentro de um contexto amplo para reger as atividades de todos (ou quase todos) os membros da sociedade internacional em largo espectro de temas específicos [...] os regimes internacionais, em contraste, são entendimentos mais especializados relativos a atividades bem definidas, a recursos ou áreas geográficas que com frequência envolvem só um subconjunto determinado de membros da sociedade internacional. Assim, falamos em regimes internacionais da pesca da baleia, da conservação dos ursos polares, do uso do espectro eletromagnético, das atividades humanas na Antártida.”

A emergência da governança global como elemento de ordenação das relações internacionais, e seu relacionamento com o estabelecimento de regimes internacionais de governança, fica evidente quando se observa, por exemplo, o conjunto de conferências internacionais patrocinadas pela ONU realizadas ao longo da última década do século 20. Sobre elas, Alves (2001, p. 39-40) registra:

Para quem se dedica ao estudo e à prática das relações internacionais, as conferências da década de 1990 têm, sem dúvida, caráter instrutivo. Elas evidenciaram o quão modificado se encontra o cenário em que se desenrolam atualmente tais relações, bastante diferente daquele em que os Estados eram os únicos atores de peso, a soberania nacional, matéria alegadamente intocável e as ‘políticas de poder’ aquelas que detinham as atenções exclusivas do realismo doutrinário. Hoje, o próprio realismo reconhece a importância crucial de atores não-estatais, vários dos quais se afirmaram substancialmente nessas conferências. As ‘políticas de poder’ continuam, evidentemente, importantes, mas se encontram modificadas. A idéia de ‘poder’ não mais se limita a suas expressões tradicionais, militar, econômico, político e, como se dizia no passado recente brasileiro por influência da Escola Superior de Guerra, psicossocial. O ‘poder’ atual, de países em desenvolvimento e de potências econômico-militares, para ter credibilidade internacional, inclui, como observa Celso Lafer, o *soft power* da democracia e dos direitos humanos no plano interno. Sem estes ou sem os demais ingredientes essenciais das preocupações ambientais e de políticas voltadas para a esfera de valores, hoje nominalmente universalizados pelas conferências dos anos 90, o ‘poder’ pode até ser exercido, mas carece de legitimidade internacional. Assim, como já se achavam antes deslegitimados no plano interno, pela asserção histórica dos direitos humanos, todos os regimes despóticos.

Ao relacionar-se com a ordem internacional e com o estabelecimento de condicionantes ao comportamento de indivíduos e Estados, a governança revela sua

vinculação com os chamados novos temas internacionais, sobretudo com questões que, não sendo novas, receberam atenção renovada com o final da Guerra Fria, como o controle do desenvolvimento de armas, da criminalidade internacional, das agressões ao meio ambiente e do respeito aos direitos humanos.

1.2.5.2 Regimes

O termo *regime* tem sido utilizado de forma variada quando se tenta explicar e descrever padrões de ordem nas relações internacionais. A compreensão das motivações que levam ao surgimento de um regime e à adesão de um sujeito de direitos a determinado regime permite que se avalie o potencial de estabelecimento e a eficácia dos mesmos. Uma das mais elementares e intuitivas explicações para o destaque dos regimes como forma de abordar diversos temas internacionais é o fato de as pessoas, os Estados, as empresas e as organizações internacionais terem consolidado a consciência da necessidade de cooperação para o enfrentamento de problemas em áreas de interesse global, como a regulação dos fluxos internacionais de capital, da criminalidade internacional, das mudanças climáticas, dos direitos humanos e outros. É interessante, entretanto, explorar com mais precisão o conceito, as razões para o surgimento, as características e as condições de manutenção, evolução e eventual extinção dos regimes, antes de abordar a eventual existência de um regime internacional de defesa dos direitos da infância.

O emprego do termo regime tem sido realizado sem muita precisão, com abrangência tão ampla que alcance todo o rol de relações internacionais ou tão restrita que os apresente como mero sinônimo de organizações internacionais. A associação dos regimes às organizações internacionais claramente limita o estudo da matéria (STEIN, 1993). Já a conceituação de serem os regimes um conjunto implícito ou explícito de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão em torno dos quais as expectativas dos atores

convergem em uma dada área das relações internacionais é amplamente aceita pela maioria dos estudiosos do assunto (ROSENAU, 2000, STOKKE, 1997, YOUNG, 1997).

A análise dos regimes internacionais tem sido realizada sob três linhas de explicação teórica das motivações impulsionadoras da formação dos regimes: a baseada no interesse, a baseada no poder e a baseada no conhecimento. As teorias baseadas no interesse focalizam as falhas de mercado e os dilemas estratégicos relativos a determinados temas, em face dos quais os atores internacionais encontram maiores ou menores estímulos ao estabelecimento e participação em regimes. As teorias baseadas no poder focalizam os problemas de equilíbrio de poder, as barganhas e ameaças, e sustentam que as relações de poder determinam o surgimento dos regimes e as áreas temáticas de incidência. As teorias baseadas no conhecimento se apresentam como adições às anteriores, e procuram esclarecer a forma como as idéias e os argumentos interagem favoravelmente à formação e evolução dos regimes.

Ainda que reconhecendo a importância da atuação internacional de variados atores, as teorias comumente fixam o foco na ação dos Estados, e remetem, conforme dito, à defesa de interesses próprios e à auto-preservação inerentes aos Estados soberanos. De fato, os regimes organizam as interações entre os atores internacionais e proporcionam um ambiente de discussão e acerto de informações sobre ações estatais. Os Estados, como os principais atores, beneficiam-se da inegável redução nos custos de transação associados às relações internacionais, ainda que ao preço da redução da soberania. Esta redução, entretanto, nem sempre representa um problema, uma vez que os regimes formados muitas vezes refletem o equilíbrio de poderes existente na sociedade internacional.

Entende-se que deva haver acordo prévio sobre a necessidade e a utilidade da formação do regime, bem como a participação de um ente hegemônico que assuma os custos e o encargo de impulsioná-lo. A ocorrência de choques e crises também é vista como favorecedora da formação dos regimes, pois são situações em que a incerteza sobre o futuro e

a clareza na identificação dos interesses fundamentais dos participantes mostram-se prevaletentes. Finalmente, conforme ressaltado pelas teorias fundadas no conhecimento, a participação das comunidades epistemológicas proporciona a fundamentação necessária à produção das normas sobre determinada área de conhecimento objeto do regime (STOKKE, 1997).

A continuidade dos regimes também costuma ser associada a diversos fatores. A estabilidade do ente hegemônico é um deles. Outro, a natural relutância dos Estados à supressão ou modificação de um regime instituído, a despeito de eventual frustração nos resultados esperados, face aos custos e às incertezas do processo de transição ou da ausência do regime. As possibilidades de sucesso e de permanência de determinado regime são aumentadas à medida que suas normas e princípios se formalizam na esfera interna dos Estados ou na órbita internacional, bem como com a criação de instituições e organizações destinadas a acompanhar a adequação das condutas dos atores internacionais às normas e princípios do regime (STOKKE, 1997).

Conforme indicado na discussão prévia a respeito da governança, a modificação mais relevante no processo de formação de regimes diz respeito ao deslocamento do processo de decisão para fóruns em que os Estados não são os únicos entes, mas uns dentre os muitos atores legitimados a proporcionar as regras e princípios que conformarão as ações dos entes estatais e não-estatais atuantes internacionalmente. O texto crítico de Stein (1993), baseado na ação comandada pelo interesse, permite ressaltar alguns aspectos fundamentais à compreensão do processo de formação e manutenção dos regimes, bem como ajustar a descrição de característica essencial dos regimes que fica um pouco mascarada na conceituação clássica antes apresentada.

Stein (1993) aponta que a conceituação de regimes tem suas raízes no realismo que identifica a política internacional como relações entre Estados soberanos dedicados à auto-

preservação, preparados para contar apenas com eles mesmos e a recorrer à força caso necessário. Esse comportamento independente e as conseqüências dele resultantes constituem a ação internacional normal, e é no constrangimento a esse comportamento que surge o regime. Ou seja, o elemento fundamental para a identificação de um regime internacional é a existência de constrangimentos atuando sobre a ação entre as partes de modo a eliminar ou condicionar a livre decisão estatal. Uma vez que o comportamento internacional estatal resulte de decisões tomadas de forma independente e incondicionada, não se estará tratando de regime internacional.

Stein (1993) sustenta, portanto, que não se deve falar em regime internacional quando a preferência dos atores converge para uma determinada solução, pois no caso não haveria o constrangimento necessário à constituição do regime. Os acordos de extradição de criminosos seriam, segundo o autor, um exemplo da situação em que as vontades convergem e as partes asseguram um determinado comportamento que é desejado por ambos. Os tratados representam apenas as garantias de que as partes necessitam para cada qual agir quando confrontadas ao caso concreto.

Há, entretanto, situações em que os atores encontram incentivos para deixar de lado as decisões tomadas de forma independente e aderir a ações conjuntas, situações em que o comportamento individualista pode levar a resultados indesejáveis ou de menor vantagem do que aqueles atingidos pela ação conjunta. Tais situações são denominadas por Stein de dilemas de interesse comum e dilemas de aversão comum.

Os primeiros se materializam quando todos os atores agindo de forma independente optariam por determinada solução, mas a consciência de que o exercício de tal liberdade de ação por todos os atores teria como conseqüência um resultado conjunto indesejado, ou até mesmo a supressão de qualquer resultado, optam por uma solução não-ótima de compromisso. É o caso da exploração dos bens comuns, para os quais a melhor decisão

individual de cada ator internacional levaria à exploração ilimitada do bem, mas a consequência indesejável da adoção de idêntico comportamento por parte de todos os outros atores internacionais (potencial extinção do bem) leva à aceitação (constrangida) de uma solução não-ideal representada pelo regime internacional de exploração controlada do referido bem.

A situação do segundo tipo, dilemas de aversão comum, materializa-se quando os atores não têm preferência por qualquer solução, mas claramente desejam evitar que outra especial situação se materialize. Ou seja, dentre os resultados possíveis da ação individualista, os atores aceitariam várias opções indistintamente, mas a ausência de coordenação na escolha poderia levar a determinada solução indesejada por todos. Ante tal situação, os atores aceitam limitar a liberdade de escolha em prol da segurança da inocorrência daquele resultado repudiado por todos. As convenções internacionais são os meios classicamente adotados para se atingir a necessária coordenação rumo a uma dentre as várias soluções aceitáveis. Como exemplo elementar, Stein cita a seleção da convenção de dirigir pelo lado direito ou esquerdo da via pública.

Stein completa a explanação sustentando que quando se trata de arranjos formulados para enfrentar dilemas de interesse comum, a colaboração das partes é fundamental, e é importante que o regime estabeleça critérios precisos de comportamento e mecanismos eficientes de acompanhamento das condutas dos atores. Isto porque aqueles que operam sob tais regimes obtém grande recompensa pela não conformidade ao regime, o que representa grande incentivo a burlar as regras. Aquele que empreende atividade de caça ou pesca além dos limites estabelecidos pelos regimes internacionais de proteção à vida animal, por exemplo, beneficia-se da venda dos animais irregularmente abatidos, que são comercializados a preços de mercado elevados como resultado do regime que restringe a oferta. Nesses casos,

o fracasso no estabelecimento de regras razoáveis e de mecanismos de controle põem em risco a manutenção e desenvolvimento dos regimes.

No caso dos dilemas de aversão comum, ainda que relevante a preocupação com a adequação das condutas, a situação é diversa, pois a consequência do descumprimento às regras do regime é um resultado claramente indesejado pelo desobediente. O piloto de avião que deixa de observar os códigos de conduta estabelecidos pelos organismos de aviação civil, por exemplo, corre o risco de ser vitimado pelo acidente aéreo. Nesses casos, é suficiente o estabelecimento de mecanismos de coordenação das condutas, pois a adesão é de se presumir.

As formulações de Stein pressupõem situações de interdependência, o que ocorre sempre que o resultado que um ator pode obter em determinada arena apresenta-se como uma função da ação dos outros atores. Se os atores forem independentes a ponto de suas escolhas afetarem apenas seus próprios resultados não haverá incentivos para o estabelecimento de regimes. Também está implícito o pressuposto de que as relações entre os atores internacionais não materializam um jogo de soma zero. Ou seja, os atores têm em mente a maximização de seus próprios resultados, e não se envolvem em estratégias de obtenção de vantagens relativas. Os mesmos padrões de interesse que esclarecem o surgimento dos regimes explicam a manutenção, a mudança e a dissolução desses arranjos.

A abordagem de Stein, em resumo, diferencia as decisões independentes típicas do ambiente “anárquico” internacional daquelas decisões conjuntas caracterizadas pelo constrangimento da liberdade de ação que identificam a governança materializada sob a forma de regimes. Além disso, distingue os processos de cooperação natural resultante de interesses coincidentes daqueles formadores dos regimes. A participação nos regimes pode, assim, ser explicada como resultante de decisões tomadas por meio de apreciações racionais face a dilemas de interesses e aversões comuns, e mostrar-se ajustada às visões realistas das relações internacionais. Conforme antes mencionado, a explicação da formação, manutenção

e desenvolvimento dos regimes com base na identificação de interesses não é a única existente, mas creio ajustar-se adequadamente às preocupações que habitam a mente do jurista. Afinal, os conflitos de interesses e suas soluções talvez sejam a matéria essencial dos operadores do direito.

Dentre os esforços normativos dirigidos à construção da proteção internacional dos direitos da criança, por meio dos quais são estabelecidos princípios, normas, regras e procedimentos decisórios a serem observados pelos Estados e por particulares, é possível observar a presença de iniciativas classificáveis sob dois ramos distintos do direito, que são o direito internacional público e o direito internacional privado.

No processo de construção do direito internacional dos direitos humanos, ramificação do direito internacional público em processo de ampla expansão, e que juntamente com o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados forma a proteção internacional dos direitos humanos (Trindade, 1996), a Organização das Nações Unidas aprovou em 1989, após 10 anos de discussões, a Convenção sobre os Direitos da Criança⁷, dando continuidade a um movimento de afirmação iniciado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, ambas de caráter recomendatório, não-cogente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é considerada o primeiro texto juridicamente cogente que conseguiu regulamentar todos os direitos fundamentais de uma categoria de indivíduos universalmente considerados, de forma mais ampla e mais pormenorizada do que a anterior Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (ALVES, 2001).

⁷ O sítio de internet da UNICEF divulga que a Convenção sobre os Direitos da Criança tornou-se o tratado internacional de direitos humanos de maior aceitação na história, faltando-lhe a ratificação de apenas dois países para que seja alcançada a totalidade dos Membros da Organização. Os dois únicos países que não ratificaram a Convenção são os Estados Unidos da América e a Somália, esta última provavelmente em razão da permanente crise institucional em que se vê envolvida há muitos anos.

O texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, de forma semelhante a outros textos convencionais patrocinados pela ONU, revela vocação declaratória e dirigida a frear a ação potencialmente ofensora do aparelho estatal, enquanto deixa entrever sua inadequação a certas ofensas igualmente violadoras de direitos das crianças, mas associadas a relações de ordem privada, como as de família.

No que se refere à transferência ou retenção ilícita de crianças no exterior do Estado de residência habitual, por exemplo, o Artigo 11 da Convenção sobre os Direitos da Criança limita-se a estabelecer que os Estados Membros tomarão medidas para combater tal prática, e para esse fim promoverão a conclusão de acordos ou a adesão a acordos já existentes. Assim é porque os mecanismos de implementação do direito internacional não são ordinariamente dirigidos à solução de casos concretos, mas ao controle do comportamento geral do Estado na matéria, pois a ONU sempre projeta sua atenção sobre determinado domínio num quadro mais geral (RAMOS, 2002), razão pela qual a produção da regulamentação referente aos instrumentos operacionais assecuratórios dos direitos dá-se no âmbito nacional, ou da cooperação bilateral ou multilateral internacional.

Os esforços de dar uniformidade ao enfrentamento dos problemas associados à proteção das crianças nas relações jurídicas de caráter heterogêneo, em que presentes elementos de conexão internacional, têm ficado a cargo do direito internacional privado, mas pelas mãos do legislador internacional, e nesse mister é relevante o papel desempenhado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado - organização internacional de caráter universal cujo Estatuto declara o objetivo de unificação das normas de direito internacional privado (RAMOS, 2002).

1.2.5.3 Regime Internacional de Proteção aos Direitos da Criança

É bem aceita a tese de que a evolução da proteção aos direitos humanos deu-se historicamente a partir da esfera de poder dos Estados nacionais, para posterior

internacionalização, em três movimentos: conversão em direito positivo, generalização e internacionalização (Bobbio, 1992). Dando suporte a tal entendimento, os direitos humanos são apontados como um dos temas globais do final do século XX. Bobbio, entretanto, critica a discussão interminável acerca dos fundamentos dos direitos humanos, que termina por comprometer a necessária implementação prática dos direitos.

Também Alves (2001), ao tratar das Conferências promovidas pela Organização das Nações Unidas ao longo da década de 90, conclui que os fios condutores que interligam todas as Conferências são a preocupação com o desenvolvimento sustentável e a proteção internacional dos direitos humanos. E tendo sido o desenvolvimento sustentável enunciado de forma antropocêntrica, o autor conclui que a temática dos direitos humanos terminou por ser o foco sob o qual todos os demais temas foram abordados. A proteção internacional dos direitos da criança, por motivos óbvios, insere-se no tema direitos humanos, e a Cúpula Mundial sobre a Criança, realizada em Nova Iorque, na sede da Organização das Nações Unidas, de 28 a 30 de setembro de 1990, inaugura a “Década das Conferências” (ALVES, 2001).

Os primeiros anos da década de 90 foram propícios aos ajustes multilaterais (em consequência, ao direito internacional), pois o término da Guerra Fria contribuiu para a queda das barreiras ideológicas que dificultavam os acordos. De fato, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada em 20 de novembro de 1989, 11 dias após a queda do Muro de Berlim, embora 30 anos após a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 1959. De forma semelhante, embora aprovada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, apenas em 1993, quando da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, foram desenvolvidos vários de seus aspectos, como a indivisibilidade e a universalidade, embora a respeito deste último ainda muito se discuta. A década de 90, portanto, não inaugurou debates acerca dos direitos humanos e da proteção aos direitos da criança, mas ampliou as consequências jurídicas em nível internacional.

Tratados internacionais regionais dirigidos à proteção dos direitos humanos em geral e da infância em particular também surgiram como resultado dos esforços de integração regional que se intensificaram a partir da década de 80. Assim, há tratados multilaterais do tipo em vigor na Europa⁸ e nas Américas⁹.

É possível observar, entretanto, um elemento perturbador da eficácia dos tratados em questão, qual seja a maciça adesão de Estados de cultura ocidental em oposição à reduzida presença de Estados de cultura oriental, sobretudo dos países de população majoritariamente muçulmana.

É evidente, face a todo o discutido, que os direitos humanos entram no século XXI ostentando inegável característica de tema global, e amparados por tratados internacionais variados, mas ainda sujeitos a questionamentos relevantes quanto universalidade na conceituação e aplicação. Não obstante, é possível tirar algumas conclusões acerca da eventual qualificação desses arranjos como instituidores de um regime internacional de defesa dos direitos humanos, e mais especificamente dos direitos da infância.

Primeiramente, no que se refere a direitos humanos em geral, parece fora de dúvida que a consideração internacional dos direitos humanos veio para ficar. O que ainda se discute é se tais direitos ostentam caráter universal, absoluto, o que asseguraria caráter também absolutamente universal ao regime de tratamento. Ou, ao contrário, caráter relativo, universalidade mitigada (ou ajustada) pelas considerações de ordem cultural e regional, ajuste cuja necessidade é sustentada por diversos teóricos das relações internacionais e dos direitos humanos. Sobre tal confronto, importante registrar as manifestações de Habermas (1995), entre outros, em favor da universalidade sustentada em soluções que evidenciem a democracia e a liberdade, e de Panikar (1983) e Boaventura Santos (2003), entre outros,

⁸ Conferir os tratados no sítio de Internet da União Europeia

⁹ Conferir os tratados no sítio de Internet da Organização dos Estados Americanos

ressaltando, a necessidade de uma hermenêutica diatópica e uma globalização com adoção de instrumentos contra-hegemônicos que permitam a utilização universal dos direitos humanos de forma emancipadora.

Passando ao largo dessa questão do universalismo versus culturalismo, dramatizada pela globalização, resta a abordagem mais dirigida aos conceitos discutidos nos capítulos anteriores. Assim, se for considerada a definição mais amplamente aceita para o conceito de regime internacional, é claro que existe hoje, no mundo, um conjunto de regras e princípios que orientam a ação dos Estados e outros atores internacionais nas questões relacionadas à defesa dos direitos da infância, sendo as Convenções internacionais, da ONU e sobretudo as da Conferência da Haia, exemplos de textos normativos regedores da matéria, nos quais a reciprocidade é forte elemento definidor da participação no arranjo.

Também no caso de a existência de um regime estar condicionada à ação constrangida de um ente soberano, conforme sustenta Stein, seja em razão de interesses racionalmente avaliados seja em razão de relações de poder, é válida a conclusão de estar caracterizada a existência de tal regime internacional. De fato, a natureza da sociedade internacional impõe aos Estados a consciência dos limites territoriais de seus poderes, e a ação independente e não constrangida leva a soluções que ao longo dos séculos foram experimentadas e se mostraram insuficientes para atender aos anseios dos nacionais envolvidos nos conflitos de índole privada.

Assim, diferentemente da simples ação baseada na reciprocidade, é possível identificar a escolha racional de uma solução que permite alcançar melhores resultados para o conjunto de Estados, ainda que ao custo do abandono da solução unilateral que melhor atenderia ao interesse imediato do Estado em particular, razão pela qual é possível identificar a presença de um regime.

CAPÍTULO 2

2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Enunciar e proteger os direitos da criança é um processo iniciado no âmbito interno dos Estados no final do século XIX e consolidado durante o século XX. Na esfera internacional, esse é um processo substancialmente da segunda metade do século XX, conduzido nos fóruns dos organismos internacionais.

Este capítulo discorrerá sobre as principais características dos fóruns e dos textos normativos internacionais referentes aos direitos da criança, com destaque para o objeto principal de interesse neste texto – os tratados da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, mais especificamente a Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças.

2.1 A ONU e os Direitos da Criança

A Organização das Nações Unidas (ONU), evidentemente, desempenha papel relevante em todas as questões que interessem a um grupo relevante de Estados, sobretudo no que concerne a temas considerados de interesse global, temas frente os quais as soluções unilaterais ou regionais não se mostrem capazes de solucionar de forma aceitável os conflitos de interesses ou os danos potenciais.

Cabíveis, portanto, breves comentários acerca do comportamento da ONU em relação aos direitos da criança, desde sua fundação aos dias de hoje.

2.1.1 A Declaração dos Direitos da Criança

As iniciativas da ONU, organismo internacional criado em 1945, não foram as primeiras em âmbito multilateral a abordar os direitos da criança. Em verdade, a Carta constitutiva da ONU não se referiu às crianças em qualquer de seus dispositivos. Todavia, a temática referente às crianças começou a impor-se em continuação aos esforços internacionais

que haviam produzido em 1924, no âmbito da Sociedade das Nações, a Declaração dos Direitos da Criança, conhecida como Declaração de Genebra:

A Carta da ONU não continha qualquer referência às crianças. Em 1946, a União Internacional de Socorro às Crianças e a Associação Internacional de Protecção da Infância fundiram-se e formaram a União Internacional de Protecção da Infância (UIPI), que adoptou como carta a Declaração de Genebra [...] Sob pressão dessa nova União, o Comitê Social Provisório do Conselho Econômico e Social debateu, no mesmo ano de 1946, a hipótese de adopção de uma segunda Declaração. Foi decidido [...] melhorar e adoptar a Declaração de Genebra como 'a Carta dos direitos da criança das Nações Unidas' [...] Mas tornou-se cada vez mais clara a necessidade de um novo texto, tendo em conta os progressos do conhecimento e o aprofundamento da consciência da infância, no decurso das duas décadas transcorridas. Um dado qualitativamente novo fora também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), nos termos da qual 'a maternidade e a infância têm direito a uma ajuda e a uma assistência especiais' [...] Enviado à Assembléia Geral, o projecto de Declaração foi adoptado, por unanimidade, pelos 78 Estados Membros da ONU (Resolução 1391 (XIV), de 20 de Novembro de 1959) (MONTEIRO, 2002, p. 97-98).

A nova Declaração dos Direitos da Criança, agora da ONU, de 1959, enunciou 10 princípios:

PRINCÍPIO 1º

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará protecção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

PRINCÍPIO 3º

Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

PRINCÍPIO 4º

A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e protecção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

PRINCÍPIO 5º

À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar.

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

PRINCÍPIO 7º

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário.

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

PRINCÍPIO 8º

A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.

PRINCÍPIO 9º

A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

PRINCÍPIO 10º

A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

Muitos Estados desejavam que em vez de uma Declaração fosse produzida uma Convenção, outros tantos gostariam de fazer incluir no texto garantias judiciais de proteção, vedação a castigos corporais, garantia de acesso a tribunais internacionais, por exemplo, mas a produção de uma Declaração, que não vinculava os Estados, representou um avanço e o compromisso possível no momento. O processo de transformação dos princípios contidos na Declaração dos Direitos da Criança em normas obrigatórias para os Estados começou em 1979, quando se comemorava os 20 anos da Declaração, com o início dos trabalhos que resultariam na aprovação da Convenção dos Direitos da Criança uma década depois (MONTEIRO, 2002, p. 98-100).

2.1.2 A Convenção sobre os Direitos da Criança - 1989

Em 1979, vinte anos após a aprovação da Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral da ONU, foram iniciados os trabalhos do que viria a constituir, dez anos mais tarde, a Convenção dos Direitos da Criança, então o “mais novo e mais pormenorizado de todos os instrumentos internacionais de direitos humanos [...] o primeiro tratado que consegue regulamentar num único texto juridicamente cogente todos os direitos – civis,

políticos, econômicos, sociais e culturais – de uma categoria universal de indivíduos, até então não encarados propriamente como sujeitos de direito” (ALVES, 2001, p. 48-49).

A Convenção foi adotada pela Resolução nº 44 /25, de 20 de novembro de 1989, e teve ampla aceitação internacional. Já em 1998, segundo relatório anual do UNICEF¹⁰, a Convenção havia se tornado o tratado multilateral mais bem sucedido da história, faltando apenas a adesão de dois Estados, EUA¹¹ e Somália, para que fosse objeto da adesão da totalidade dos Estados membros da ONU. O status de ratificação da Convenção não se alterou de 1998 até a presente data, conforme informação divulgada pelas páginas de Internet do Departamento de Estado dos EUA e da UNICEF.

A ratificação por grande número de Estados, entretanto, não permite concluir que todo o texto da Convenção tenha sido verdadeiramente acolhido por todos os Estados aderentes, ou que seja uniformemente interpretado de modo a proporcionar os direitos e garantias ali anunciados. As objeções verbais formuladas por alguns Estados, pouco antes da aprovação do texto da Convenção por consenso, dão testemunho dessas dificuldades. A delegação do Irã, por exemplo, declarou reservas em relação a artigos suscetíveis de conflitar com as crenças e valores do Islã, e a delegação da Argélia declarou que interpretava o artigo 14, assegurado da liberdade de crença à criança, de acordo com seu texto constitucional, que dispunha ser o Islã a religião do Estado, devendo a criança seguir a orientação religiosa de seu pai. Também a

¹⁰ O UNICEF, Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para as Crianças, constituído após a Segunda Guerra Mundial para auxiliar as crianças dos países devastados, foi transformado em 1953, pela Resolução nº 802 (VII) da Assembleia Geral, em agência permanente e especializada para assistência à infância dos países em desenvolvimento (ALVES, 2001, p. 50)

¹¹ Dolinger (2003, p. 108) esclarece que “a principal razão que impede 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 com menos de 18 anos de idade”. A Suprema Corte dos EUA já havia decidido, em 1988, que a execução de menores de 16 anos era vedada pela Constituição, caso *Thompson v Oklahoma*. Depois, no caso *Atkins v. Virginia* (<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-8452.ZS.html>), decidiu, em 20 de junho de 2002, que a Constituição do país impedia a execução de criminosos mentalmente retardados. Agora, em 1º de março de 2005, no caso *Roper v Simmons* (<http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=%20simmons%20missouri&url=/supct/html/03-633.ZO.html>), a Suprema corte dos EUA considerou inconstitucional a execução de menores de 18 anos, eliminando um dos argumentos apontados pelos EUA segundo Dolinger.

delegação da Jordânia declarou sua peculiar interpretação do conteúdo do mesmo artigo 14, segundo a qual a criança teria assegurado o direito de praticar sua religião, mas não o de escolher uma religião ou uma crença (MONTEIRO, 2002, p. 111).

De qualquer sorte, no campo de ação estatal típica do direito internacional público, a Convenção sobre os Direitos da Criança representou inegável avanço, sobretudo ao propiciar a constituição de um sistema internacional de proteção aos direitos da criança. Como desdobramentos normativos desse sistema, foram aprovados dois protocolos em 2000. Um deles foi o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, e o outro foi o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil. Ambos os Protocolos entraram em vigor internacional nos primeiros meses de 2002, foram ratificados pelo Brasil e promulgados respectivamente pelos Decretos N^{os} 5.006 e 5.007, ambos de 8 de março de 2004.

Um dos pontos relevantes na Convenção é o emprego da palavra “criança” no lugar da palavra “menor”, bem como a definição de que “criança”, para os efeitos da Convenção, é todo o ser humano com menos de dezoito anos completos. Realizou-se, assim, uma separação marcante entre o regime internacional e muitos regimes jurídicos nacionais. No Brasil, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que criança é o menor de 12 anos, ficando os que tenham idades entre 12 e dezoito anos na categoria dos adolescentes, o que significa a instituição de direitos e proteção diferenciados para os integrantes das duas categorias. O choque dessa conceituação com o direito interno dos EUA não impediu o país de aderir aos protocolos adicionais à Convenção.

Em 1990, a ONU patrocinou a Cúpula Mundial sobre a Criança, o primeiro dos eventos internacionais patrocinados pela ONU que iriam compor a chamada Década das Conferências. A Cúpula foi um encontro simples e curto, que transcorreu de forma tranqüila,

“o tema em si era de molde a produzir sentimentos de simpatia em qualquer parte. As divergências tópicas sobre os documentos a serem adotados já haviam sido todas, ou quase todas, dirimidas quando o encontro se realizou”, ao longo dos dez anos de debates para a construção da Convenção dos Direitos da Criança (ALVES, 2001, p. 47-48).

De modo semelhante ao que futuramente ocorreria nos encontros sobre outros temas selecionados pela ONU, a Cúpula produziu um documento final, denominado Declaração Mundial Sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança. O artigo 1º da Declaração faz um apelo universal por um futuro melhor para as crianças, e o artigo 20 estabelece um programa de 10 pontos para a cooperação internacional em prol da proteção e da melhoria das condições de vida das crianças:

- (1) Trabalharemos para promover o mais rapidamente possível a ratificação e a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança. Devem ser lançados em todo o mundo programas de incentivo à divulgação de informações sobre os direitos da criança, que levem em consideração os diversos valores culturais e sociais dos diferentes países.
- (2) Trabalharemos em prol de um esforço consistente de ação em níveis nacional e internacional por melhores condições de saúde da criança, pela promoção do atendimento pré-natal e pela redução da mortalidade infantil em todos os países e entre todos os povos. Promoveremos o fornecimento de água limpa a todas as comunidades, para todas as suas crianças, assim como o acesso universal ao saneamento básico.
- (3) Trabalharemos por condições mais favoráveis de crescimento e de desenvolvimento da criança, através de medidas para a erradicação da fome, da desnutrição e da inanição, minimizando, assim, o trágico sofrimento de milhões de crianças num mundo que dispõe dos meios para alimentar todos os seus cidadãos.
- (4) Trabalharemos para fortalecer o papel e a condição da mulher. Promoveremos o planejamento familiar responsável, o espaçamento entre partos, o aleitamento materno e a maternidade sem riscos.
- (5) Trabalharemos pela valorização do papel da família como responsável pela criança, apoiaremos os esforços dos pais, de outros responsáveis e das comunidades no amparo à criança desde os primeiros anos da infância até a adolescência. Reconhecemos, também, as necessidades especiais das crianças que se encontram separadas de suas famílias.
- (6) Trabalharemos por programas de redução do analfabetismo, e que garantam oportunidades educacionais para todas as crianças, independentemente de sua origem e sexo; que preparem a criança para o trabalho produtivo e para as oportunidades de aprendizagem para toda a vida, isto é, pela educação profissionalizante, e que permitam que a criança cresça até a idade adulta num contexto cultural e social propício e protetor.
- (7) Trabalharemos para melhorar as condições de vida de milhões de crianças que vivem em circunstâncias particularmente difíceis: as vítimas do "apartheid" e da ocupação estrangeira; os órfãos e os meninos e meninas de rua, e os filhos de trabalhadores migrantes; as crianças refugiadas e as vítimas de desastres naturais e provocados pelo homem; as deficientes e as maltratadas; as socialmente marginalizadas e as exploradas. As crianças refugiadas precisam ser auxiliadas para que encontrem novas raízes. Trabalharemos pela proteção especial às crianças trabalhadoras, e pela abolição do trabalho infantil ilegal. Daremos o melhor de nós mesmos para garantir que a criança não se torne vítima do flagelo das drogas ilícitas.
- (8) Trabalharemos com empenho para proteger a criança do flagelo da guerra, e tomaremos medidas para evitar outros conflitos armados, a fim de lhe garantir, em todos os lugares, um

futuro pacífico e seguro. Promoveremos os valores da paz, da compreensão e do diálogo na educação infantil. As necessidades essenciais da criança e de sua família precisam ser protegidas, mesmo durante a guerra, e em áreas atingidas pela violência. Solicitamos que sejam observados períodos de tranquilidade e corredores de paz, para beneficiar as crianças onde a guerra e a violência ainda perduram.

(9) Trabalharemos por medidas comuns de proteção ao meio ambiente, em todos os níveis, de forma que todas as crianças possam ter um futuro mais seguro e sadio.

(10) Trabalharemos por um combate global à pobreza, que traz benefícios imediatos ao bem-estar da criança. A vulnerabilidade e as necessidades especiais da criança dos países em desenvolvimento e, em particular, dos países menos desenvolvidos, merecem prioridades. Mas o crescimento e o desenvolvimento precisam ser promovidos em todas as Nações, através de uma ação nacional e de cooperação internacional. Isto exige a transferência de recursos adicionais adequados aos países em desenvolvimento, assim como melhores termos de comercialização, maior liberalização do comércio, e medidas para reduzir a dívida. Isto também implica medidas de ajuste estrutural que promovam o crescimento econômico mundial, em especial nos países em desenvolvimento, assegurando o bem-estar dos setores mais vulneráveis da população, particularmente das crianças.

Foram estabelecidas, também, metas gerais a serem atingidas até o ano 2000, quantificadas e balizadoras de futura apreciação dos resultados alcançados no período:

(a) Redução de um terço nas taxas de mortalidade de menores de cinco anos com relação a 1990, ou redução para menos de 70 por 1000 nascidos vivos (o que representar maior redução);

(b) Redução de 50% nas taxas de mortalidade materna com relação a 1990;

(c) Redução de 50% nas taxas de desnutrição grave e moderada entre os menores de cinco anos com relação a 1990;

(d) Acesso universal à água potável e ao saneamento básico;

(e) Acesso universal à educação básica, e conclusão da educação de primeiro grau de pelo menos 80% das crianças em idade escolar;

(f) Redução de 50%, no mínimo, na taxa de analfabetismo entre os adultos com relação a 1990 (o grupo etário apropriado deverá ser definido em cada país), com ênfase na alfabetização das mulheres;

(g) Proteção às crianças que vivem em circunstâncias particularmente difíceis, especialmente em situações de conflitos armados.

Conforme aponta Alves (2001, p. 55), a Declaração de 1990 adiantou idéias e formulações desenvolvidas nas conferências seguintes, como ao referir-se à necessidade de assegurar desenvolvimento econômico sustentável, “conceito que somente seria internacionalmente definido na Rio-92”, ou quando avançou sobre questões controvertidas como o compromisso com o “planejamento familiar responsável”, “o espaçamento entre partos” e “a maternidade sem riscos”, bem como ao associar as metas de proteção e desenvolvimento das crianças à preservação do meio ambiente (ALVES, 2001, p. 55-56).

A avaliação do progresso havido desde a Convenção de 1989 até o início do novo milênio foi objeto de sessão especial da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada de 8

a 10 de maio de 2002, e as dificuldades para a produção de um documento final para a Sessão demonstram como o reconhecimento e a proteção internacional dos direitos da criança permanecem um ideal de realização ainda distante. Os EUA, por exemplo, se opuseram firmemente a que o texto final reafirmasse a Convenção dos Direitos da Criança como “a expressão autorizada” desses direitos. Depois, opuseram-se à menção de apoio à interrupção da gravidez ou ao planejamento familiar, e, finalmente, opuseram-se a qualquer menção à vedação à pena de morte a menores (DOLINGER, 2003, p. 112). Esse comportamento representou um evidente retrocesso em relação ao conteúdo da Declaração de 1990.

2.2 O Direito da Criança e o Direito Internacional Privado

Antes mesmo da emergência dos direitos da criança como um tema de direito internacional público no fórum das Nações Unidas, a Europa despontava como a região do globo em que o superior interesse da criança era considerado relevante nas controvérsias objeto do direito internacional privado.

A teoria do conflito de leis nasceu na Europa “com os estatutários italianos, e depois com a tese savigniana, incorporada nas grandes codificações”, e modernizou-se em busca de “uma regulamentação adequada e materialmente mais justa da questão plurilocalizada”. Essas regras mais modernas apareceram em diversos fóruns. Primeiramente, na Conferência da Haia de Direito Internacional privado, mais recentemente, no processo de integração regional européia (ARAÚJO, 2003, p. 47-48).

Ante a inegável associação dos interesses da criança às questões emergentes do relacionamento familiar, é natural que o direito internacional privado sempre tenha cuidado de conflitos de leis em matéria de adoção, guarda, visita, alimentos e outras tantas controvérsias jurídicas em que se vêem envolvidas as crianças. Nesse diapasão, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e do superior interesse da criança, portanto, passaram a integrar os fundamentos a serem considerados quando da busca da melhor e mais

justa solução para os conflitos em que envolvidas crianças. Assim, as declarações e tratados dotados de caráter substancialmente programático, oriundos de fóruns multilaterais como a ONU, passaram a influenciar os legisladores internos fazendo-os incluir nos textos constitucionais e legais o reconhecimento dos direitos e garantias de que são titulares as crianças.

Mas, como afirmara Bobbio, a questão que agora se impõe é menos a de fundamentar os direitos fundamentais das crianças e mais a de concretizar esses direitos. E é com esse desiderato que surgem as convenções de direito internacional privado, criando instrumentos e instituições de concretização e uniformização da aplicação desses direitos nas situações que envolvem diferentes ordenamentos jurídicos. Necessário, portanto, conhecer esses textos internacionais, explorar os princípios neles enunciados, avaliar as instituições criadas e a aplicação de suas disposições nos casos concretos submetidos às jurisdições nacionais (RODRÍGUEZ, 2005).

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado tem sido um dos fóruns internacionais mais dedicados ao tema do direito das crianças.

2.2.1 A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Além da ONU, outras organizações internacionais encontram-se envolvidas na produção de regras jurídicas internacionais uniformes para a regência de temas específicos, como os direitos da criança. Essas organizações proporcionam ambientes adequados a que os Estados Partes estabeleçam convenções internacionais que contenham regras conflituais (bilaterais, indiretas), ou regras de competência internacional, ou ainda regras de harmonização do direito substancial. Os esforços são dirigidos para que os juízes (e os operadores do direito em geral) de diferentes países possam solucionar determinada questão controvertida com fundamento na aplicação do mesmo direito ao caso concretamente posto.

Dentre essas organizações, destaca-se a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, “organização intergovernamental de todos conhecida pelo seu trabalho na unificação progressiva das regras deste ramo do direito [...] (e que) mergulha suas raízes no movimento uniformizador [...] que teve em Mancini seu principal impulsionador” (RAMOS, 1995, p. 251).

A Organização foi criada no final do século XIX, em 1893, com o objetivo de proporcionar a unificação das normas e procedimentos referentes ao direito internacional privado. Tornou-se organização intergovernamental permanente em 1955, e tem como principal método de operação a promoção das negociações e redação de convenções internacionais em temas de direito internacional privado, dentre os quais a proteção da criança e os direitos de família. O Brasil integrou a Conferência como Estado membro de 1972 a 1977, dela tendo voltado a fazer parte em 23/02/2001. Segundo os registros divulgados pela Conferência em seu sítio de Internet, o Brasil, que aderira à Conferência em 27/01/1972, denunciou o Estatuto em 17/05/1977, só voltando a integrar a organização a partir de fevereiro de 2001, tendo promulgado o Estatuto por meio do Decreto 2.832, de 01/06/2001.

As atividades desse organismo internacional tem dedicado especial atenção à proteção da criança e às controvérsias relacionadas a interesses das crianças. Desde 1902, a Conferência aprovou três convenções (as mais novas substituindo as anteriores) direcionadas à proteção da criança propriamente dita, a mais recente delas em 1996. Além dessas, a Conferência aprovou convenções sobre vários interesses relacionados às crianças, como alimentos, adoção e seqüestro de crianças (DOLINGER, 2003, p. 119).

A Conferência da Haia mantém interlocução permanente com órgãos da ONU, com órgãos dos blocos regionais de integração e com organizações não-governamentais, e assegura a participação de representantes destes em todas as reuniões. A Conferência mantém uma base de textos doutrinários e jurisprudenciais, tornados disponíveis via Internet,

permitindo a difusão de conhecimento, formação de convicções em nível global e, sobretudo, proporcionando a adesão e a harmonização de decisões, aspectos fundamentais ao estabelecimento de um eficiente regime internacional de proteção aos direitos da criança.

A abordagem substancialmente voltada a prestigiar a aplicação da lei nacional e a competência das autoridades do respectivo Estado, adotada pelas primeiras convenções da Haia sobre direitos de crianças, como a de 1902, referente à tutela de menores, mostraram-se incompatíveis com o “desenvolvimento da circulação de pessoas que se verificou, nomeadamente, após a segunda guerra mundial e às necessidades acrescidas de proteção dos menores daí resultantes”, o que determinou modificações importantes no teor das convenções posteriores (RAMOS, 2002).

A Secretaria da Conferência da Haia, por meio do sítio de Internet, explica a moderna atuação do Organismo da seguinte maneira:

O principal método utilizado para atingir os objetivos da Conferência consiste em negociar e projetar tratados multilaterais ou Convenções nos diferentes campos do direito internacional privado (cooperação judiciária e administrativa internacionais; conflitos de leis em matéria contratual, cumprimento de obrigações, responsabilidade civil, status e proteção de crianças, relações entre cônjuges e temas relacionados a sucessões; reconhecimento de empresas; jurisdição internacional e reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras). Após pesquisas preparatórias realizadas pelo secretariado, Comissões Especiais formadas por especialistas governamentais preparam textos preliminares das Convenções. Esses textos são discutidos e adotados pela Sessão Plenária da Conferência da Haia, que é uma conferência diplomática. O secretariado da Conferência da Haia mantém contato próximo com os Governos dos Estados Membros por meio de Órgãos Nacionais designados por cada Governos. Para acompanhar a operação de certos tratados que envolvem cooperação judicial ou administrativa, o Bureau Permanente entra em contato direto, de tempo em tempo, com as Autoridades Centrais designadas pelos Estados Partes desses tratados. Para promover a cooperação internacional e para assegurar coordenação dos trabalhos realizados por diferentes órgãos, a Conferência da Haia também mantém contato com as Nações Unidas, em particular com a Comissão de Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), UNICEF e o Alto Comissariado para Refugiados (UNHCR); o Conselho da Europa, a União Européia, a Organização dos Estados Americanos, a Secretaria da Commonwealth, Comitê Consultivo Legal Ásia-África, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e outras organizações internacionais. Certas organizações não-governamentais, como a Câmara de Comércio Internacional, a International Bar Association, a International Social Service e a International Union of Latin Notaries também enviam observadores para acompanhar os trabalhos da Conferência (tradução nossa).

A idéia central dos esforços normativos da Conferência da Haia, portanto, é a cooperação internacional baseada em uma estrutura que compreende a Conferência, autoridades nacionais e autoridades centrais. É no funcionamento eficiente dessa estrutura que

repousa a eficiência das convenções da Haia. Rodríguez (2005) aponta as principais características da ação desses três componentes ao comentar o sistema de proteção às crianças proporcionado pela Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças:

a) Las autoridades nacionales

Las autoridades nacionales son las encargadas de velar por la aplicación del Convenio, ya que, una vez firmado y ratificado, éste pasa a ser Derecho interno y, por tanto, de obligado cumplimiento para el Estado. En caso de incumplimiento, el Estado sería sancionado por la comunidad internacional, en concreto ajusticiado por el Tribunal Internacional de Justicia, también con sede en La Haya.

Por tanto, sea a través de autoridades administrativas, como puede suceder en el caso de una adopción internacional, en la que el adoptante deberá cumplimentar un expediente administrativo previo al procedimiento judicial, o sea a través de autoridades judiciales, tal como sucede en el Convenio sobre sustracción de menores, en el que el juez debe dictar una sentencia de retorno o no retorno del menor con el progenitor que tenga la patria potestad, las autoridades nacionales están obligadas a seguir las pautas impuestas por el Convenio y a facilitar todo aquello que haga la vida del niño más digna.

b) Las autoridades centrales

Esta figura ha sido creada por la Conferencia de La Haya para facilitar la aplicación de los convenios, y ha sido copiada por otras organizaciones dada su efectividad.

Las autoridades centrales son designadas por cada Estado, y tienen como misión cumplir las obligaciones del Convenio, colaborando entre sí para que existan uniformidad y criterios comunes en la aplicación del Convenio en todos los estados que forman parte.

c) La Conferencia de La Haya

Este organismo internacional de carácter intergubernamental, que nació a finales del siglo XIX y que ha sobrevivido a dos conflictos bélicos internacionales, es el principal motor de creación del Derecho Internacional Privado. Gracias a sus esfuerzos, el Derecho Internacional se especializa, y los Principios Generales que inspiran vagamente los Derechos del niño se materializan en normas de obligado cumplimiento para los estados. Es evidente que sin la función que cumple esta organización sería más inseguro adoptar un niño extranjero, teniendo en cuenta que los países de origen de estos menores tienen legislaciones poco protectoras, o que sería más complicado conseguir la restitución de un menor sustraído por uno de sus padres.

Diferentemente do que se observa nas convenções da ONU (genéricas e programáticas), e nas primeiras convenções proporcionadas pela Conferência da Haia, a análise dos artigos das Convenções mais recentes permite identificar a mudança de comportamento que levou ao prestígio internacional hoje desfrutado pela Conferência da Haia.

A principal característica consiste no estabelecimento de regras diretas do comportamento a ser adotado pelos Estados Partes, cujos poderes executivo e judiciário deverão aparelhar-se para dar cumprimento às obrigações internacionais assumidas. Ou seja, mais do que declarações de direitos, essas Convenções estabelecem medidas práticas de materialização de direitos há muito declarados, o que permite seja atingido um nível

adequado de conduta, bem como o acompanhamento e avaliação da eficácia desses tratados. De fato, a existência de mecanismos diretos de requerimento de ação, de Estado para Estado ou de sujeito não-estatal para Estado proporciona um acompanhamento efetivo de realização material dos direitos invocados, bem como da presteza e da fundamentação apresentada para eventual negativa de atendimento da demanda posta.

2.2.2 As Convenções da Conferência da Haia sobre a Criança

No que se refere à dimensão internacional dos direitos da criança, a Conferência da Haia vinha produzindo convenções desde o início do século XX. O processo continuado de aperfeiçoamento dessas convenções produziu três modernos textos dirigidos ao enfrentamento das controvérsias com conexões internacionais, situações tornadas mais numerosas em razão do aumento na circulação de pessoas pelo mundo. São elas a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças (Convenção sobre Seqüestro), de 25 de outubro de 1980, a Convenção sobre a Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção sobre Adoção), de 29 de maio de 1993, e a Convenção sobre Competência, Lei Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação em Matéria de Responsabilidade Paternal e de Medidas de Proteção de Crianças (Convenção sobre Proteção), de 19 de outubro de 1996, e que entrou em vigor internacional para os Estados aderentes em 1º de janeiro de 2002.

As duas primeiras Convenções entraram em vigor no Brasil, respectivamente, em 1º de janeiro de 2000, por meio do Decreto Nº 3.413, de 14/04/2000 e em 1º de julho de 1999, por meio do Decreto Nº 3.087, de 21/06/1999. A última não foi objeto da adesão brasileira.

A Convenção mais recente, de 1996, Convenção sobre Proteção, é resultado das modificações empreendidas aos textos das duas convenções anteriores referentes à tutela e proteção de menores, respectivamente de 1902 e de 1961. A Convenção de 1902 adotava regras clássicas de direito internacional privado, inclusive com a opção pela aplicação do

direito e jurisdição do Estado de nacionalidade da criança, opção típica dos Estados europeus, os únicos que integravam a Conferência na época.

A Convenção de 1961 rompeu com as regras clássicas de DIPr e passou a atribuir jurisdição ao país mais próximo da criança, com a adoção de critérios como o da residência habitual, mantidos no texto de 1996. A nova Convenção sobre Proteção, de 1996, procurou harmonizar o texto de 1961 à evolução do reconhecimento internacional dos direitos da criança, e entre outras modificações estabeleceu que para efeito da Convenção seriam consideradas crianças os menores de 18 anos, conforme igualmente estabelecido na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Dolinger (2003, p. 119-125) apresenta os seguintes comentários sobre essa evolução de 1902 a 1996:

A Conferência produziu três convenções sobre proteção propriamente dita: em 1902 aprovou a Convenção para Regular a Tutela de Menores; em 1961 aprovou a Convenção Concernente à Competência das Autoridades e Lei Aplicável em Matéria de Proteção a Menores, e, finalmente, 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 substituir a segunda. [...] A Convenção de 1902, aprovada em 12 de junho, objetivou regular a tutela de menores, tendo fixado que a mesma seria regida pela lei nacional do menor, como, aliás, estabelecido pelas demais convenções da 1ª fase da Conferência da Haia, quando dela só participavam países da Europa, todos seguidores do princípio da nacionalidade em direito internacional privado [...] Portanto, a primazia era da lei e da autoridade nacional, só se admitindo a lei e autoridade da residência habitual em caráter subsidiário, e da lei e da autoridade do local em que o menor se encontrasse, em casos urgentes [...]

As Convenções da Haia de 1961 e 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, que pode ser entendido como o reconhecimento de que, conhecendo muito mais o seu direito do que qualquer direito estrangeiro, o magistrado terá mais facilidade de decidir as delicadas questões que se materializam em torno da proteção de crianças, aplicando seu próprio direito. Mais interessante é a explicação que, como 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, sendo, assim, lógico que se aplique 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.

O art. 4º da Convenção de 1996 excluiu expressamente de sua incidência temas considerados suficientemente tratados em outros textos internacionais, como:

a the establishment or contesting of a parent-child relationship;

- b decisions on adoption, measures preparatory to adoption, or the annulment or revocation of adoption;
- c the name and forenames of the child;
- d emancipation;
- e maintenance obligations;
- f trusts or succession;
- g social security;
- h public measures of a general nature in matters of education or health;
- i measures taken as a result of penal offences committed by children;
- j decisions on the right of asylum and on immigration.

A adoção internacional, tratada na Convenção sobre Adoção, de 1993, também já havia sido objeto da Convenção sobre a Competência das Autoridades, a Lei Aplicável e o Reconhecimento de Decisões em Matéria de Adoção, de 1965. O texto de 1993 diz respeito a tema específico, que não se confunde com o tema delimitado nesta pesquisa, e será objeto de abordagem apenas superficial.

2.2.3 As Convenções da Conferência da Haia Internalizadas no Brasil

O Brasil aderiu a duas das convenções proporcionadas pela Conferência da Haia sobre direitos da criança. A primeira adesão deu-se em favor da Convenção sobre Adoção, de 1993, que passou a vigorar no território brasileiro em 1º de julho de 1999, após promulgação e publicação do Decreto Nº 3.087, de 21/06/1999. A segunda convenção objeto da adesão brasileira foi a Convenção sobre Seqüestro, de 1980, que entrou em vigor internacional para o Brasil em 1º de janeiro de 2000, tendo sido promulgada e publicada pelo Decreto Nº 3.413, de 14/04/2000.

Esta pesquisa, conforme assinalado inicialmente, concentrou atenção na Convenção sobre Seqüestro, tratado objeto da adesão de 75 países de todos os continentes até o início de 2005, e formador de um regime internacional para cooperação no enfrentamento dos aspectos civis da transferência internacional ilícita de crianças, cujas características mais importantes serão abordadas no Capítulo 3.

2.3 Tratados Regionais – Américas e Europa

Já foi dito que os conflitos de interesses que envolvem direitos da criança são manifestações globais, razão pela qual a eficácia de instrumentos normativos de alcance regional padecem de limitações semelhantes às que atingem as legislações nacionais. Todavia, a existência de tratados regionais de defesa dos direitos da criança amplia a eficácia da proteção antes circunscrita a ambientes dotados de ordenamentos díspares e incapazes de produzir efeitos além das fronteiras nacionais.

Tanto as repercussões penais quanto as civis das violações de direitos da criança são objeto de tratados regionais, alguns de alcance continental e outros de alcance sub-regional.

Nas Américas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) proporcionou a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994, que visa coibir e punir o tráfico internacional de menores, alcança os aspectos civis e penais das condutas e estabelece mecanismos de cooperação entre os Estados Partes.

A Convenção Interamericana alcança menores de 18 anos, o que está em harmonia com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, e busca protegê-los de transferências ilícitas com finalidade de submetê-los a prostituição, exploração sexual ou servidão. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo dos delitos alcançados pela Convenção, e esta institui autoridades centrais para a cooperação entre os Estados Partes, já tendo sido ratificada por 11 dos Estados membros da OEA.

A Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideu, em 15 de julho de 1989, é o tratado multilateral interamericano que disciplina os efeitos civis das condutas de remoção ilícita de menores com violação de direitos de guarda e visita. É um texto muito semelhante à Convenção sobre Seqüestro, sendo igualmente aplicável a crianças menores de 16 anos. Esta Convenção Interamericana também foi ratificada, até o momento, por apenas 11 (onze) dos Estados membros da OEA.

O Artigo 34 prevê que as disposições contidas na Convenção Interamericana prevalecerão nas questões envolvendo Estados que sejam simultaneamente partes dela e da Convenção da Haia, salvo disposição contrária de tratado bilateral firmado pelos Estados interessados.

No continente europeu, a Convenção da União Européia sobre a Competência, o Reconhecimento e a Execução de Decisões em Matéria Matrimonial, de 1998, vinculou as jurisdições competentes para decidir sobre o seqüestro de menores à observação da Convenção sobre Seqüestro (em Portugal utiliza-se o termo “rapto”):

Artigo 4º Rapto de crianças

Os tribunais competentes nos termos do artigo 3º exercem a sua competência em conformidade com a Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças e em especial com os seus artigos 3º e 16º.

Atualmente, a matéria é disciplinada pelo Regulamento (CE) n.º 2201/2003, instrumento jurídico por meio do qual a União Européia reuniu as disposições referentes ao divórcio e ao poder familiar, bem como regulou o exercício dos direitos de visita transfronteiriços. Esse normativo é considerado medida importante na luta contra o seqüestro de crianças no ambiente europeu, facilitando o trabalho de juízes e operadores do direito em geral:

Artigo 11º

Regresso da criança

1. Os nºs 2 a 8 são aplicáveis quando uma pessoa, instituição ou outro organismo titular do direito de guarda pedir às autoridades competentes de um Estado-Membro uma decisão, baseada na Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças (a seguir designada "Convenção de Haia de 1980"), a fim de obter o regresso de uma criança que tenha sido ilicitamente deslocada ou retida num Estado-Membro que não o da sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção ilícitas.
2. Ao aplicar os artigos 12.o e 13.o da Convenção da Haia de 1980, deve-se providenciar no sentido de que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida durante o processo, excepto se tal for considerado inadequado em função da sua idade ou grau de maturidade.
3. O tribunal ao qual seja apresentado um pedido de regresso de uma criança, nos termos do disposto no nº 1, deve acelerar a tramitação do pedido, utilizando o procedimento mais expedito previsto na legislação nacional.
Sem prejuízo do disposto no primeiro parágrafo, o tribunal deve pronunciar-se o mais tardar no prazo de seis semanas a contar da apresentação do pedido, excepto em caso de circunstâncias excepcionais que o impossibilitem.
4. O tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea b) do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua protecção após o regresso.

5. O tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida.

6. Se um tribunal tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, deve imediatamente enviar, directamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as actas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas, tal como previsto no direito interno. O tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

7. Excepto se uma das partes já tiver instaurado um processo nos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da retenção ou deslocação ilícitas, o tribunal ou a autoridade central que receba a informação referida no n.o 6 deve notificá-la às partes e convidá-las a apresentar as suas observações ao tribunal, nos termos do direito interno, no prazo de três meses a contar da data da notificação, para que o tribunal possa analisar a questão da guarda da criança.

Sem prejuízo das regras de competência previstas no presente regulamento, o tribunal arquivará o processo se não tiver recebido observações dentro do prazo previsto.

8. Não obstante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do artigo 13.o da Convenção da Haia de 1980, uma decisão posterior que exija o regresso da criança, proferida por um tribunal competente ao abrigo do presente regulamento, tem força executória nos termos da secção 4 do capítulo III, a fim de garantir o regresso da criança.

2.4 Mercosul

Os Estados Partes do Mercosul - Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – são igualmente partes das Convenções Interamericanas sobre Restituição de Crianças e Tráfico Internacional de Menores. Argentina, Brasil e Uruguai são igualmente membros da Conferência da Haia e adotaram o texto da Convenção sobre Seqüestro, enquanto o Paraguai, embora não seja membro da Conferência, igualmente adotou o texto da Convenção sobre Seqüestro.

Para os Estados Partes do Mercosul vigora, adicionalmente, o Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, razão pela qual as decisões referentes a crianças emitidas pelas jurisdições nacionais poderão ser executadas nos demais Estados Partes por meio de cartas rogatórias, ainda que configurem decisões cautelares. Evidentemente, a execução de cartas rogatórias comporta um juízo de admissibilidade em que uma das questões apreciadas será a competência da jurisdição emissora da decisão, razão pela qual a execução de uma decisão requerida com fundamento no Protocolo de Las Lenãs poderá, em tese, ser obstada face ao

reconhecimento de competência privativa do Estado rogado fundada na Convenção sobre Seqüestro, por exemplo.

CAPÍTULO 3

3. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças

As controvérsias decorrentes do deslocamento internacional compulsório e conflituoso de crianças por ação dos parentes mais próximos, tornadas mais numerosas pela ampliação dos deslocamentos e relacionamentos humanos pelo mundo afora passaram a ser fonte de forte preocupação dos Estados, sobretudo europeus. Essa realidade levou a que se propusesse, no fórum da Conferência da Haia, a elaboração de uma convenção sobre o “deslocamento ilegal de crianças ao estrangeiro”, do que resultou a aprovação da Convenção sobre o Sequestro, de 1980 (DOLINGER, 2003, p. 239).

O seqüestro de uma criança por seu familiar mais próximo é uma manifestação doentia do exercício do poder familiar, e revela uma especial beligerância na disputa pela custódia da criança. O estado de desacordo entre os pais é de tal ordem que um deles arrebatava o filho e deslocava-se para outra jurisdição onde acreditava poder obter situação de direito ou de fato que melhor atendesse a seus interesses. Embora a Convenção não seja perfeita, é uma das melhores alternativas à autodefesa que costumava imperar nos casos da espécie, com consequências 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 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, 2000).

A primeira abordagem do problema foi levada à Comissão Especial da Conferência da Haia pela delegação canadense como tema para discussão em 1976, sob o título “legal kidnapping”. O deslocamento forçado de crianças havia se tornado muito simples com o

acesso mais fácil aos meios de transporte intercontinentais, e a Convenção da Haia sobre Proteção de Menores de 1961 havia se mostrado ineficaz para os casos.

Ultrapassados os muitos obstáculos de produção de um texto novo sobre um problema ainda pouco explorado nas legislações nacionais, a Convenção sobre Seqüestro, de 1980, foi aprovada. Em 20 anos, o tratado produzido pelos então 29 Estados Membros da Conferência alcançou o total de 60 Estados Contratantes (DYER, 2000), e continuou crescendo em adesões à média de 3 (três) por ano para atingir 75 Estados Contratantes em fevereiro de 2005, conforme divulgado pelo sítio de Internet da Conferência da Haia.

A simplicidade do texto e a antecipação de importantes mudanças que ocorreriam nos direitos materiais nacionais do tratamento dos direitos da criança são apontados como motivos relevantes do sucesso da Convenção. A ligação feita pela Convenção entre os termos “guarda” e “visita”, por exemplo, antecipou a percepção de que a criança tem direito a manter o contato com ambos os pais, mesmo se estes residirem em países distintos (DYER, 2000).

3.1 Os Objetivos da Convenção

Os objetivos da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças encontram-se no Capítulo 1, que trata do âmbito da Convenção, cujo Artigo 1º estabelece:

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente;
- b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Os objetivos assim declarados derivam do reconhecimento da seguinte realidade:

aquele que seqüestra ou retém a criança pretende que sua ação seja legalizada pelas autoridades competentes do Estado para onde transferida a criança, um meio eficaz de dissuadi-lo consiste na retirada de toda consequência prática e jurídica de sua ação. E para tanto, a Convenção adota o remédio da restituição do menor ao Estado contratante de sua residência habitual imediatamente antes da transferência ou retenção ilícita. É uma forma indireta de fixação de competência, típica do direito internacional privado, e que permite que a posterior disputa pela guarda da criança seja resolvida pela autoridade judicial do Estado de residência habitual (PÉREZ-VERA, 1980, p. 4, tradução nossa).

Quanto à proteção ao direito de visita, indicada na alínea “b” do Artigo 1º, que tem caráter autônomo em relação ao direito de guarda tutelado na alínea “a”, é proteção que evidencia o objetivo único de repressão às transferências ilícitas, pois o respeito ao direito de visita contribui para que desapareçam as causas mais freqüentes dos seqüestros internacionais de crianças.

Não há, portanto, uma hierarquia entre esses objetivos, embora seja evidente que a Convenção tenha tratado mais detalhadamente o compromisso de restituição de uma criança que tenha sido transferida ou retida em violação a direito de guarda, uma vez que esses são os casos que geram os maiores danos, a requerer soluções mais urgentes. Assim, embora os objetivos indicados nas alíneas “a” e “b” devam ser teoricamente “postos no mesmo plano, na prática o desejo de garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do seqüestrador e o que prevalece na Convenção” (PÉREZ-VERA, 1980, p. 4-5, tradução nossa).

Muitos intérpretes têm registrado com bastante ênfase o fato de a Convenção da Haia exigir que os juízes realizem algo diferente do que costumam fazer quando se defrontam com uma controvérsia a respeito de crianças. Ordinariamente, os juízes analisam todas as informações que o caso pode proporcionar e decidem com o olhar voltado para o superior interesse da criança. A Convenção da Haia, entretanto, requer que o juiz decida preliminarmente se a criança tinha residência habitual em outro país, e, em caso positivo, a criança deverá ser devolvida ao país de origem, juízo natural para a solução das controvérsias. Este seria o procedimento ordinário, devendo ser considerada extraordinária a negativa de devolução com fundamento nas exceções previstas nos Artigos 13 e 20 da Convenção, ou do Artigo 12, resultante do estabelecimento de nova residência no Estado de localização da criança em vista de excesso de prazo para o requerimento da cooperação (DYER, 2000).

A Convenção não tem por finalidade, portanto, decidir sobre direito de guarda da criança. Essa decisão deverá ser proferida pela jurisdição do Estado de residência habitual da criança (PÉREZ-VERA, 1980).

Desde logo fica também evidente que não se trata de matéria penal, mas de matéria civil concernente a aspectos especiais do direito que rege o convívio familiar, razão pela qual “estamos muy lejos de los delitos tipificados con el nombre de ‘secuestro’, ‘kidnapping’ o ‘enlèvement’” (PÉREZ-VERA, 1980, p. 15).

O que o texto convencional procura disciplinar são os aspectos civis da conduta, com o restabelecimento da situação anteriormente experimentada pela criança - o retorno ao regular convívio social - seja pela restauração da guarda seja pela restauração da visita, com os entes integrantes do núcleo familiar na forma experimentada antes do deslocamento ilícito ou retenção em Estado diferente daquele de sua residência habitual.

O claro direcionamento da Convenção para os aspectos civis dos seqüestros realizados pelos próprios pais da criança não afasta, entretanto, a possibilidade de interferência dos aspectos penais no curso dos fatos, pois os procedimentos judiciais civis podem estar em curso paralelamente ao curso dos procedimentos de extradição do autor do fato delituoso, por exemplo.

3.2 A Denominação da Convenção

A expressão “seqüestro internacional” utilizada no título do texto brasileiro suscita dúvidas, e o emprego de palavras de mesmo significado que “seqüestro”, seja no texto brasileiro seja nos estrangeiros, é criticado justificadamente.

Em Portugal foi utilizado o termo “rapto”. Nos países de língua espanhola se tem utilizado o termo “sustracción”. As palavras originalmente empregadas nas línguas francesa e inglesa, línguas oficiais da Conferência da Haia, foram, respectivamente “enlèvement” - cuja tradução para o português leva às palavras “retirada; arrebatamento; rapto”, e não se confunde

com a palavra utilizada para o comportamento criminal do “seqüestro” – e “abduction”, que tem tradução equívoca para a língua portuguesa, podendo significar tanto o seqüestro criminoso quanto o arrebatamento com efeitos exclusivamente civis de que trata a Convenção. Em vez de empregar o termo “seqüestro”, consagrado no Brasil para a conduta criminosa praticada geralmente com finalidade econômica, o texto brasileiro poderia ter utilizado, para maior clareza, as palavras “arrebatamento”, “subtração”, “deslocamento” e outras similares, ou então empregar o termo “restituição”.

Não se deve confundir, portanto, os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças com o tráfico internacional de menores, que foi discutido na V Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, realizada no México em 1994, e objeto da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores, pois o tráfico é conduta criminosa destinada à obtenção de vantagem econômica vinculada à exploração da criança submetida à escravidão, prostituição e variadas formas de exploração sexual (WEINBERG, 2002, p. 161).

Tampouco se deve confundir os aspectos civis desse “seqüestro” com os aspectos penais da conduta de subtração de incapazes (menor de dezoito anos ou interdito) tipificada no art. 249 do Código Penal Brasileiro (MIRABETE, 1997, p. 84-85). Primeiro, porque a Convenção diz respeito aos efeitos exclusivamente civis da subtração. Depois, porque nem toda conduta típica prevista no art. 249 será alcançada pela Convenção – como a da subtração do interdito –, e nem toda conduta alcançada pela Convenção será considerada típica – como o caso da subtração da criança praticada por um dos detentores do poder familiar filho, no que seria uma intervenção ilícita, mas não criminosa, de um dos pais ou de um dos detentores do poder familiar, em violação ao direito de guarda ou de visita pelo outro –. Finalmente, ante a territorialidade do direito penal, nem toda subtração, ainda que integralmente presentes os elementos do tipo penal, poderia ser objeto da persecução penal dos órgãos do Estado para o

qual levada a criança. A Convenção não trata, portanto, de aspectos penais da conduta, mas de aspectos civis.

O Relatório Pérez-Vera também alerta para os equívocos que a denominação poderá causar em razão do emprego da palavra seqüestro no título da Convenção e no emprego de termos diferentes no seu interior:

En efecto, mientras que el primero utiliza la expresión "sustracción internacional de menores", las disposiciones convencionales recurren a perífrasis o, en todo caso, a expresiones menos precisas, tales como "traslado" o "no retorno". La explicación está en relación directa con la delimitación del ámbito del Convenio. En este punto, como se ha señalado anteriormente (véanse N1 12 a 16), el estudio del problema que aborda el Convenio pone de manifiesto que en lo que se refiere tanto a las relaciones normalmente existentes entre "secuestrador" y "menor" como a las intenciones del primero, estamos muy lejos de los delitos tipificados con el nombre de "secuestro", "kidnapping" o "enlèvement". Así pues, dado que se está lejos de los problemas propios del derecho penal, se ha evitado utilizar en el texto del Convenio términos que puedan tener un significado equívoco.

Por el contrario, ha parecido aconsejable utilizar el término "sustracción" en el título del Convenio, debido a su uso habitual en los medios de comunicación y a su resonancia en la opinión pública. No obstante, para evitar cualquier equívoco, el propio título precisa, como lo hacía ya el título del anteproyecto, que el Convenio sólo tiene por objeto regular los "aspectos civiles" del fenómeno en cuestión. Si a lo largo de este Informe utilizamos de vez en cuando términos como "sustracción" o "secuestrador", tal como, por lo demás, aparecen en el formulario modelo, es porque permiten a veces una redacción más fácil; en cualquier caso, habrá que entenderlos con todos los matices que su aplicación comporta al problema específico al que se refiere el Convenio (PÉREZ-VERA, 1980, p. 14-15).

Basz e Campanella (1999, p. 162-163), e também Cárdenas (2000, p. 207-209), rejeitam até mesmo o emprego da palavra “sustracción” utilizada nos textos em língua espanhola por desviar a atenção do intérprete da finalidade da Convenção, que é a restituição do menor ao ambiente de onde não deveria ter sido removido:

Em esta Convención se utiliza el término “sustracción” de menores, que si bien lo consideramos oportunamente com la doctora Cárdenas más auspicioso que el vocablo “secuestro”, igualmente nos parece más acertado el término “restitución” que es el que utiliza la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores – CIDIP IV, Montevideo, 1989 –, no ratificada, donde se pone el acento em la actividade que se debe realizar el Estado parte frente a los traslados o retenciones ilícitas de menores Basz e Campanella (1999, p. 162-163).

Dolinger (2003, p. 236) também chama a atenção para o inadequado emprego da palavra “seqüestro” no texto promulgado no Brasil, e também utilizada na versão legislada nos EUA:

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

fim de ganho material, quando, em verdade, se trata do deslocamento de uma criança por um dos pais, que a afasta da posse do outro pai, incumbido da guarda do menor, ou, então, da não devolução da criança – levada por um pai para um período de visitação – uma vez concluído o respectivo termo”. Tanto não se trata de seqüestro que a Convenção da Haia de 1980, cujo título se refere “aos efeitos civis do seqüestro internacional de crianças”, não repete este termo em nenhum dos seus dispositivos, referindo-se, ao longo de seu texto à “remoção” e “retenção”. A versão francesa do título da Convenção é mais adequada, pois se refere ao “enlèvement international d’enfants”, “retirada” no vernáculo.

O emprego do termo “seqüestro” no título da Convenção já levou os tribunais brasileiros a fazerem referências indevidas ao texto convencional da Haia, conforme apontado por Dolinger (2003, p. 314-316):

Habeas Corpus Nº 67.816-5, julgado em 20 de março de 1990, Revista dos Tribunais, vol. 656, p. 369, lendo-se à p. 371, no voto do Relator, Ministro Otávio Galoti: *“Assim, concluí porque, ao pedir vista dos autos, uma das providências que tomei foi justamente esta, a de saber sobre a eventual existência de tratado ou convenção internacional sobre o tráfico de menores em que o Brasil figurasse como membro. A resposta foi negativa, e me chegou às mãos através de comunicação oficial do Ministério das Relações Exteriores (17.6.89) assinalando o Itamaraty que apesar de estudor e ingentes esforços que se faz para que o Brasil assine a convenção Internacional de Haia sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de menores (25.10.80), ainda persistem algumas dificuldades levantadas por técnicos no assunto, que obstem a imediata adesão do Brasil ao mesmo”*.

No conflito de competência Nº 63, julgado em 11 de agosto de 1989, o Tribunal Federal de Recursos, por sua terceira seção, concluiu da mesma forma, lendo-se na Ementa: *“O tráfico de crianças brasileiras para o exterior está a se repetir, o que interessa a União reprimir, tanto quanto os delitos conta a vida e os seqüestros. Contudo, apesar dos estudos realizados e do empenho neste sentido, o Brasil ainda não assinou a ‘Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Menores’, de 25.10.80. Assim, por força do disposto no inciso V do art. 109 da Constituição, a Justiça Federal ainda não tem competência para processar e julgar essa espécie de delito, cabendo à Justiça Comum dos Estados fazê-lo”*.

Dyer (2000, p. 5), que participou ativamente dos trabalhos que culminaram na aprovação da Convenção, informa que a escolha do termo de identificação da conduta não foi tarefa fácil, pois as mais diferentes objeções foram levantadas. As expressões “child abduction” e “enlèvement d’enfants” foram escolhidas por serem as que causaram menor rejeição, e representaram escolhas que proporcionaram a identificação de um fato que era até então pouco explorado pela literatura do direito de família e do direito internacional, público ou privado. A situação hoje é substancialmente diversa, conforme atesta a farta literatura com o emprego das expressões.

Conforme já assinalado, a Convenção tem por objetivo fazer retornar ao Estado de origem as crianças ilicitamente transferidas ou retidas, e, assim, assegurar o respeito ao direito

de fruição do adequado convívio familiar, com restauração dos vínculos da guarda e da visita.

A ilicitude da transferência manifesta-se quando presentes os pressupostos indicados no

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**¹² 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. (grifo nosso).

A aplicação da Convenção termina por ser o resultado de um conflito entre a permanente avaliação do superior interesse da criança, como um princípio regente dos direitos da criança em geral, e o primado da segurança jurídica do respeito à jurisdição do Estado de residência habitual da criança, princípio especialmente importante para as Convenções da Haia e também relacionado à defesa do superior interesse da criança.

Assim, um dos maiores desafios postos à frente daqueles que tiverem a incumbência de aplicar a Convenção ao caso concreto será exatamente o de dar a comandos como o que autoriza o “imediato retorno ao Estado de residência habitual” uma aplicação que simultaneamente respeite a celeridade e a segurança jurídica que a Convenção procura proporcionar e assegure o primado do superior interesse da criança.

3.2 Os Princípios Fundamentais

As controvérsias relativas aos desencontros de vontades nas relações familiares sempre foram objeto do direito privado nacional e das regras conflituais do direito internacional privado, também estas historicamente legisladas no âmbito interno da soberania nacional. O primado do princípio da dignidade da pessoa humana também nas relações

¹² Há aqui o emprego de redação inadequada. O mesmo dispositivo foi adotado em Portugal com a seguinte redação: “b) Este direito estiver a ser exercido de maneira efectiva, individualmente ou em conjunto, no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido”.

privadas, a emergência dos direitos humanos como tema global e a emergência da criança como sujeito de direitos nas esferas nacional e internacional levaram os Estados a participar de tratados como as Convenção de Haia dirigidas à proteção dos interesses das crianças.

O princípio informador de tudo que se referir a direitos do homem é o da dignidade da pessoa humana, valor supremo da democracia, “que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1997, p. 106). Ou, como afirma Machado (2003, p. 91), “a dignidade humana é um valor subordinante, que nunca cede em face dos valores subordinados (que na sua essência têm preço, podem ser substituídos por coisa equivalente)”. Este princípio figura entre os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso II do Art. 1º da Constituição).

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança enunciou o princípio do superior interesse da criança como aquele que deve ser considerado com primazia sempre que determinada controvérsia disser respeito a interesse de criança. E o Art.1º da Convenção da ONU conceitua criança como o ser humano menor de 18 anos de idade, salvo aqueles que tenham atingido a maioridade civil nos termos da lei¹³.

A referência ao superior interesse da criança já se encontrava no texto da Conferência da Haia bem antes de ser enunciado pela ONU. O preâmbulo da Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Sequestro de Crianças já afirmava, em 1980, que os Estados signatários da Convenção ali compareciam firmemente convictos de que “os interesses da criança” eram de primordial importância em todas as questões relativas aos temas ali versados.

Com a primazia do superior interesse da criança, o direito concernente a esta deixa de ser o conjunto de direitos que os adultos têm sobre as crianças para passar a ser o direito da

¹³ A lei em questão é uma lei nacional, o que invoca a intervenção das regras de direito internacional privado. No caso, para questões postas perante a jurisdição brasileira, será considerado o DIPr brasileiro, que determina seja decidida a controvérsia referente à capacidade da pessoa com a utilização do direito do Estado de domicílio da pessoa (Art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil).

criança como um ser humano individualmente considerado, direito que num primeiro momento evolutivo tem o foco centrado no bem-estar da criança (welfare approach) e caminha para uma abordagem centrada na consideração da criança como titular de direitos do homem (human rights approach). Uma das evidências dessa mudança de abordagem está em considerar a manifestação da criança e envolvê-la no processo de tomada de decisões acerca de controvérsias que lhe sejam concernentes (MONTEIRO, p. 162).

A Convenção de Haia adota essa abordagem moderna e inclusiva da criança no processo de decisão sobre seus interesse. Esta consideração emerge da autorização contida no texto convencional quando este estabelece que a autoridade estatal pode “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” (Art. 13 da Convenção).

Todavia, o Relatório de Pérez-Vera (1980, p. 5, grifo nosso) ressalta a maneira peculiar adotada pela Convenção sobre o Seqüestro para materializar a proteção do superior interesse da criança:

C Importancia dada al interés del menor

20 Es preciso ante todo justificar las razones que nos llevan a incluir el examen de este punto en el contexto de las consideraciones relativas al objeto del Convenio. Consideraciones que aparecen de forma clara si se tiene en cuenta, por una parte, que el interés del menor se invoca a menudo al respecto y, por otra parte, que se podría argumentar que el objetivo convencional relativo al retorno del menor debería estar siempre subordinado a la toma en consideración de su interés.

21 A este respecto, se ha puesto de manifiesto con razón que "la norma jurídica que descansa sobre "el interés superior del menor" es, a primera vista, de tal imprecisión que parece más un paradigma social que una norma jurídica concreta. ¿Cómo dar consistencia a esta noción para decidir cuál es el interés **último** del menor sin caer en suposiciones, que sólo tienen su origen en el contexto moral de una cultura determinada? Al introducir el término "último" en la ecuación, se hacen aparecer de inmediato serios problemas dado que el enunciado general de la norma no permite saber claramente si "el interés" del menor que hay que proteger es el que sigue inmediatamente a la resolución, o el de su adolescencia, de su existencia de joven adulto, de su edad madura o de su vejez".

22 Por otra parte, no hay que olvidar que en nombre del "interés superior del menor", en el pasado, a menudo las jurisdicciones internas han concedido finalmente la custodia en litigio a la persona que se había llevado o había retenido al menor de forma ilícita. Puede ser que dicha resolución fuera la más justa; no obstante, no podemos ignorar el hecho de que el recurso, por

parte de autoridades internas, a semejante noción implica el riesgo de traducir manifestaciones de la particularidad cultural, social, etc. de una comunidad nacional dada y por tanto, en el fondo, de formular juicios de valor subjetivos sobre la otra comunidad nacional de la que el menor acaba de ser arrancado.

23 Por los motivos invocados, entre otros, **la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita.** No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan. Todo lo contrario, ya en el preámbulo, los Estados firmantes declaran estar "profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia": justamente, **esa convicción les ha llevado a elaborar el Convenio, "deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos".**

Objetivamente, a Convenção elegeu como elemento de conexão internacional para a emissão da ordem de retorno - presumidamente em defesa do superior interesse da criança - a ocorrência de residência habitual da criança no Estado requerente previamente à transferência ou retenção ilícita. Trata-se de critério distinto do de domicílio, jurídico este, preponderantemente fático aquele. A conclusão acerca da residência habitual em Estado diferente daquele onde se encontra a criança será resultado, sobretudo, de uma apreciação dos fatos pelo magistrado para verificação se ocorre a residência habitual no Estado requerente.

A conexão pela residência habitual vinha sendo utilizada nas normas oriundas da Conferência da Haia por aproximadamente 100 (cem) anos, uma vez que desde a Convenção de 1902 sobre proteção de menores a Conferência já a adotava. Mais recentemente, a legislação nacional de diferentes países e alguns tratados multilaterais oriundos de outros fóruns internacionais, como a Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores e a Convenção de Bruxelas II, também passaram a adotá-la como critério de conexão internacional para a determinação da jurisdição (SCHUZ, 2001, p. 2-3).

As discussões acerca desse conceito ficaram de certa forma adormecidas até que houvesse a ampliação da aceitação da Convenção sobre Seqüestro de Crianças por grande número de Estados, e, conseqüentemente, ocorresse a ampliação dos litígios fundados no texto da Convenção, para os quais a determinação da residência habitual mostra-se elemento

fundamental ao desfecho de uma demanda de restituição de criança alegadamente transferida de forma ilícita. Isto não quer dizer que a determinação da residência habitual não seja relevante para outros textos, mas a consequência da adoção do critério é mais rigorosa no texto da Convenção sobre Seqüestro de Crianças, e a mais nova das Convenções da Haia, sobre Proteção da Criança, de 1996, que também emprega a residência habitual como elemento fundamental à solução das controvérsias, ainda não se mostra tão relevante quanto a Convenção sobre Seqüestro (SCHUZ, 2001, p. 9). De fato, segundo o sítio de Internet da Conferência da Haia, a nova Convenção sobre Proteção somente entrou em vigor internacional em 1º de janeiro de 2002, e até o momento logrou a adesão de apenas 10 Estados.

O adequado entendimento desse importante conceito, que em grande número de casos não gera problemas para o intérprete, por ser preenchido a partir das evidências sobre a residência dos pais da criança, e do pressuposto de a residência da criança variar validamente segundo a vontade dos pais, emerge com especial relevância quando surge controvérsia entre os pais acerca dessa mudança de residência. É nessas situações que o procedimento sumário perseguido pela Convenção sobre Seqüestro pode mostrar-se inadequado para o esclarecimento de fato fundamental ao desfecho da questão, sobretudo se surgirem evidências de que a residência habitual da criança deveria ser avaliada sem conexão às provas de residência habitual dos pais em respeito ao princípio do superior interesse da criança, solução que Schuz (2001) considera ótima, embora reconhecendo-a sujeita à dilação probatória e à incidência de valores e políticas exclusivamente nacionais.

O conceito de residência habitual compreende dois aspectos: a residência e a habitualidade. É um conceito simples e não-técnico, que deve ser aplicado aos fatos trazidos a conhecimento do intérprete, sem os inconvenientes do conceito jurídico de domicílio, é um conceito muito utilizado mas não conceituado pelas convenções da Conferência da Haia, e

que pode ser bem compreendido segundo o significado ordinário das duas palavras que o compõem. É também um conceito relacionado ao tempo, pois é empregado ora em relação a um intervalo de tempo, como quando se avalia o decurso de um ano de residência habitual em determinado Estado, ora em relação a um determinado instante de tempo, como quando se procura esclarecer se havia residência habitual no instante em que a criança foi transferida do Estado requerente (CLIVE, 1997).

Solucionada a questão acerca da residência habitual da criança, uma das questões mais relevantes na aplicação da Convenção sobre Seqüestro passa a ser a decisão acerca da avaliação do superior interesse da criança quando, encontrando-se presentes os requisitos objetivos para a restituição, a parte que se opõe à restituição alegando que esta ocasionará prejuízo ou risco de grave dano para a criança. Há um evidente conflito de princípios, pois ao decidir com fundamento no superior interesse da criança e negar a restituição que seria devida em razão do primado da não violação da residência habitual o intérprete estará julgando o caso concreto. Ou seja, estará fazendo exatamente o que a Convenção procura evitar, que é o julgamento do direito de guarda por uma jurisdição diferente daquela que seria natural em razão da residência habitual.

Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência encontram-se divididas. Parte entende que a análise do superior interesse da criança se faz em obediência a um princípio universal fundamental e deverá ser realizada com ampla liberdade de convencimento pelo juízo perante o qual se requer a restituição, ainda que o resultado tenha o mesmo efeito que julgar o mérito do direito de guarda. Outra parte, ao contrário, entende que a arguição de prejuízo para a criança somente deverá ser considerada quando a jurisdição do Estado requerente concluir que não pode confiar no sistema judicial do Estado de onde a criança foi seqüestrada e para onde será eventualmente restituída: É assim que Danny Boggs (2000, p. 45, tradução nossa), magistrado federal nos EUA, vê a questão: “Em *Friedrich II*, nós mencionamos que quando

nós confiamos no sistema judicial do país do seqüestro, a grande maioria dos reclamos sobre dano (risco de dano à criança) evaporam. E nós fizemos outra referência à habilidade do juízo do país de residência habitual para proteger a criança”.

O Relatório de Pérez-Vera (1980, p. 8-9, grifo nosso) também ressalta a importância da aplicação cuidadosa das exceções ao retorno da criança para evitar que a Convenção venha a ter sua eficácia irremediavelmente abalada:

parece necesario subrayar que las excepciones, de los tres tipos examinados, al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado. **En efecto, el Convenio descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a escala internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas.** La puesta en práctica de este método exige que los Estados firmantes del Convenio estén convencidos de que pertenecen, a pesar de sus diferencias, a una única comunidad jurídica en el seno de la cual las autoridades de cada Estado reconocen que las autoridades de uno de ellos - las de la residencia habitual del niño- son en principio las que están mejor situadas para decidir, con justicia, sobre los derechos de custodia y de visita. Por tanto, una invocación sistemática de las excepciones mencionadas, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.

O Capítulo 5 abordará alguns casos concretos brasileiros e alguma jurisprudência de outros Estados referentes aos fundamentos para a cooperação e para a negativa da cooperação prevista na Convenção sobre Seqüestro.

3.3 A Responsabilidade Internacional dos Estados Signatários

A responsabilidade internacional dos Estados é um tema central do Direito Internacional Público, sendo certo que o Estado é “internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais” (ACCIOLY; SILVA, 1996, p. 124).

No julgamento de controvérsias entre Estados, a Corte Internacional de Justiça – CIJ das Nações Unidas decide de acordo com o direito internacional, em cujas fontes o Estatuto da CIJ inclui com destaque as “convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes” (RANGEL, 2000, p. 79). Assim, o Estado violador de uma regra jurídica internacional a que tenha aderido comete

ato ilícito internacional ensejador de reparação adequada ao Estado ao qual o ato tenha causado dano. A conduta será ilícita em face do direito internacional, e não dos direitos internos dos Estados envolvidos na controvérsia. Esse ilícito pode decorrer de comportamento diretamente imputável a qualquer das instâncias internas do Estado, entre os quais a denegação de justiça ou dos adequados meios de defesa de interesses privados previstos em tratado (REZEK, 1991, p. 269-272).

Segundo Ramos (2004, p. 19), abordar a proteção internacional da pessoa natural, em qualquer de seus momentos na vida, significa, hoje mais do que nunca, estar atento à responsabilidade internacional do Estado, pois “a responsabilização do Estado por violação de direitos humanos é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana”.

A obrigação estatal de proporcionar recursos internos seja de direito seja de operacionalização do direito tem como consequência, evidentemente, um “dever correspondente do indivíduo reclamante de utilizá-los como condição de admissibilidade da petição internacional”. Essa contrapartida, entretanto, somente deverá ser exigida se os instrumentos internos se mostrarem eficazes para a produção da proteção pleiteada, sem o quê estar-se-ia a exigir do particular a prévia provocação de procedimentos internos que jamais proporcionariam a finalidade perseguida pela norma internacional (TRINDADE, 1997, P. 424-425).

A doutrina sobre a responsabilidade internacional do Estado por violação de tratados dirigidos à proteção da pessoa natural também alcança as violações de normas jurídicas solucionadoras de controvérsias privadas, como é o caso da Convenção da Haia aqui pesquisada. A doutrina de direito internacional privado, sobretudo na parte especial referente à família, vem cada vez mais ressaltando o primado do princípio da dignidade humana como elemento fundamental e informador do comportamento da administração e jurisdição estatais,

e amplia-se a consciência de haver uma responsabilidade estatal passível de ser invocada com fundamento em tratados como as Convenções da Haia.

Essa responsabilidade existe e resulta da identificação de compromissos internacionais assumidos pelos Estados adotantes de textos como a Convenção sobre Seqüestro de Crianças. De fato, uma das mais relevantes características dos textos convencionais da Conferência da Haia é o estabelecimento de compromissos internacionais de cooperação entre os Estados, além dos compromissos do Estado face aos particulares. Ou seja, não se trata apenas de ajustar um direito uniforme para regência de certas controvérsias de interesse privado, mas de paralelamente instituir compromissos de cooperação estatal para que as controvérsias sejam dirimidas da melhor forma possível e no menor intervalo de tempo possível. Dessa forma, um determinado Estado responde ordinariamente por violação de obrigação perante outro Estado, mas também pode vir a responder por violação de obrigação perante nacional desse outro Estado, situação em que operaria a proteção diplomática (REUTER, 1981).

Tratando-se de direitos da criança, a celeridade e segurança jurídica se mostram mais relevantes ainda. A questões foram assim apresentadas no Relatório de Pérez-Vera (1980, p. 9-10, grifo nosso):

A Un convenio de cooperación entre autoridades

35 Delimitando los fines perseguidos por los Estados contratantes, los objetivos de un convenio determinan en última instancia su naturaleza. Así, **el Convenio relativo a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores es ante todo un convenio que pretende evitar los traslados internacionales de menores, instaurando una cooperación estrecha entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados contratantes.** Dicha colaboración afecta a los dos aspectos que acabamos de analizar, por un lado la obtención del retorno inmediato del menor al entorno del que ha sido alejado y, por otro lado, el respeto efectivo de los derechos de custodia y de visita existentes en uno de los Estados contratantes.

36 Esta caracterización del Convenio puede realizarse también a través de un planteamiento negativo. Así, se puede comprobar ante todo que **no se trata de un convenio relativo a la ley aplicable a la custodia de los menores.** En efecto, las referencias relativas al derecho del Estado de la residencia habitual del menor, tienen un alcance limitado, dado que el derecho en cuestión sólo se tiene en cuenta para establecer el carácter ilícito del traslado (por ejemplo, en el artículo 3). En segundo lugar, **el Convenio tampoco es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de custodia.** Tal opción fue descartada con plena conciencia, tras haber sido largamente debatida en el seno de la primera reunión de la Comisión especial. Y es que, dadas las consecuencias que el reconocimiento de una resolución extranjera tiene sobre el fondo de la controversia, esta institución está normalmente rodeada de garantías y excepciones que pueden alargar el procedimiento. **Ahora**

bien, cuando se ha desplazado a un menor, el factor tiempo adquiere una importancia decisiva. En efecto, los trastornos psicológicos que el menor puede sufrir debido a dicho traslado podrían reproducirse si la resolución relativa a su retorno sólo se dictase al cabo de cierto tiempo.

37 Una vez que ha quedado claro que estamos ante un convenio basado en la idea de cooperación entre autoridades, **es preciso señalar que sólo trata de resolver las situaciones que caigan dentro de su ámbito de aplicación y que afecten a dos o varios Estados partes.** En efecto, la idea de un convenio "universalista" (es decir cuyo ámbito se extienda a cualquier caso internacional) es difícil de sostener fuera de los convenios en materia de ley aplicable. En este sentido, cabe recordar que los sistemas previstos, ya se trate del retorno del menor o de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de visita, **se basan en gran medida en una cooperación entre las Autoridades centrales que se produce a través de derechos y deberes mutuos. De la misma forma, cuando los particulares se dirigen directamente a las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, amparándose en el Convenio, la aplicación de los beneficios convencionales responde asimismo a una idea de reciprocidad que, en principio, excluye su extensión a los ciudadanos de terceros Estados.**

Por otra parte, aunque el Convenio sólo alcance la plenitud de sus objetivos entre los Estados contratantes, las autoridades de cada uno de los Estados tienen perfecto derecho a inspirarse en las disposiciones convencionales para tratar otras situaciones similares.

B Carácter autónomo del Convenio

38 Basado, como está, en el concepto de cooperación entre autoridades, con el fin de alcanzar unos objetivos precisos, el Convenio es autónomo respecto a los convenios existentes en materia de protección de menores o relativos al derecho de custodia. Así pues, una de las primeras decisiones tomadas por la Comisión especial consistió en orientar sus trabajos en el sentido de un convenio independiente más que en elaborar un protocolo al **Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores.** Bajo este mismo punto de vista, tampoco podía limitarse a los modelos propuestos por los convenios relativos al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de custodia, incluido el modelo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa 17.

39 Tal autonomía no significa que las disposiciones pretendan resolver todos los problemas que plantean las sustracciones internacionales de menores. Muy al contrario, en la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional.

Por otra parte, incluso en su ámbito propio, el Convenio no pretende ser aplicado de forma exclusiva: desea, ante todo, el cumplimiento de los objetivos convencionales, por lo que reconoce de forma explícita la posibilidad de invocar, a la vez que el Convenio, cualquier otra norma jurídica que permita lograr el retorno de un menor trasladado o retenido de forma ilícita, o la organización de un derecho de visita (artículo 34).

A parte final do parágrafo 37 do texto de Pérez-Vera é relevantíssima para a aferição da possibilidade de ser acolhida uma ação proposta por indivíduo que pretenda transferir uma criança para Estado face ao qual a Convenção não tenha adquirido eficácia.

Os artigos 6º e 7º da Convenção deixam clara a natureza obrigacional do ajuste quando determinam que o Estado designe uma autoridade central que estará encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção, dentre os quais o dever de mútua cooperação. A estas prestações positivas somam-se prestações negativas, como a de não

exigir cauções ou depósitos, prevista no art. 22. Ou seja, trata-se de uma Convenção que impõe obrigações que deverão ser endereçadas pelos Estados por meio dos órgãos estatais em geral e de um órgão especialmente criado para a Convenção, que o texto convencional denomina “autoridade central”.

A Convenção estabelece para cada Estado o compromisso de buscar solução amigável, administrativa ou judicial para um pedido que lhe seja encaminhado. Especialmente no que concerne à busca de eventual solução judicial para os conflitos, as alíneas “f” e “g” do § 2º do Artigo 7º determinam que o Estado deve:

- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;

A solução judicial, portanto, pode ser alcançada por meio de iniciativa direta do Estado como autor ou pelo oferecimento de recursos estatais para que o particular interessado provoque a jurisdição nacional em busca da ordem de retorno da criança.

Essas disposições são completadas pelas contidas no Artigo 26, que impõe ao Estado a responsabilidade pelos custos da aplicação da Convenção, facultando-lhe, entretanto, fazer reserva à obrigação de suportar custos referentes à contratação de advogado ou consultor jurídico, bem como de custas judiciais:

Artigo 26

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

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

Ao ordenar o retorno da criança ou ao regular o direito de visita no quadro da presente Convenção, as autoridades judiciais ou administrativas podem, caso necessário, impor à pessoa que transferiu, que reteve a criança ou que tenha impedido o exercício do direito de visita o pagamento de todas as despesas necessárias efetuadas pelo requerente ou em seu

nome, inclusive as despesas de viagem, as despesas efetuadas com a representação judiciária do requerente e as despesas com o retorno da criança, bem como todos os custos e despesas incorridos na localização da criança.

3.4 A Estrutura Administrativa Requerida e a Efetividade da Convenção

Um dos mais importantes mecanismos introduzidas pelas Convenções da Haia no direito internacional, e posteriormente replicado em diversos tratados multilaterais e bilaterais, foi a instituição de um órgão estatal especial em cada Estado Contratante para facilitar a cooperação. Esse órgão, denominado “autoridade central”, tem como função primordial proporcionar aos demais Estados Contratantes uma contraparte adequada para a cooperação internacional desejada, além de realizar a coordenação das ações internas dos demais órgãos estatais nacionais. Trata-se de uma alternativa rápida para as muitas vezes demoradas comunicações realizadas por meio das estruturas diplomáticas clássicas.

Os artigos 6º e 7º da Convenção sobre Seqüestro, por exemplo, estabelecem a obrigação de criação das autoridades centrais e listam as atividades que estas deverão desempenhar:

Autoridades Centrais

Artigo 6

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

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

Artigo 7

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

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

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;

- g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

A instituição e a atuação das autoridades centrais devem dar-se de forma a assegurar a eficácia do processo de adesão e operacionalização da Convenção. Para tanto, os Estados Contratantes reúnem-se periodicamente em Comissão Especial para avaliar o comportamento das diferentes autoridades centrais e apresentar recomendações gerais sobre as práticas desejáveis. Foram realizadas reuniões em 1989, 1993, 1997 e 2001, e, ao final de reunião de 2001, foi proposta a redação de um Guia de Boas Práticas. Esse Guia, que não vincula os Estados Contratantes, mas constitui fonte doutrinária para a solução das controvérsias sobre a Convenção, teve sua primeira etapa completada em 2002, com a divulgação das Partes I e II, respectivamente sobre as autoridades centrais e sobre as medidas de implementação da Convenção. Novas partes serão agregadas ao Guia, que deverá incluir orientações sobre acesso transfronteiriço, prevenção de seqüestros, execução de ordens de retorno e cooperação judicial. A adesão à Convenção impõe aos Estados Contratantes deveres gerais, reconhecidos como princípios interdependentes a serem observados, que o Guia de Boas Práticas sumariza da seguinte forma (HAGUE, 2003):

- a) As autoridades centrais devem ser titulares de poderes assegurados pelo direito interno e suficientes para a realização das atividades que lhes são cometidas, bem como ser dotadas dos recursos humanos e materiais necessários, quantitativa e qualitativamente, para o desempenho de suas atividades;
- b) A cooperação entre as autoridades centrais é essencial para a efetividade da Convenção. A cooperação exige comunicação tempestiva, clara e objetivamente relacionada às questões encaminhadas entre autoridades;
- c) Uniformização de formulários para assegurar a consistência na troca de informações e requerimentos de ação nos termos da Convenção, bem como uniformização da interpretação de conceitos fundamentais à efetividade da Convenção;
- d) Deve haver rapidez nos procedimentos para minimizar o período de deslocamento da criança de seu ambiente natural, minimizando, assim, os possíveis danos à criança e qualquer vantagem que o responsável pelo ato ilícito possa obter pelo decurso do tempo;
- e) As autoridades centrais devem proporcionar procedimentos administrativos transparentes, conhecidos das demais autoridades centrais e dos entes privados interessados;
- f) A atuação das autoridades centrais deve ser objeto de permanente acompanhamento e aprimoramento. (HAGUE, 2003), (tradução nossa).

Além dos compromissos gerais, a Convenção estabelece grande número de obrigações específicas a serem prestadas pelas autoridades centrais, adiante apontadas segundo a ordem em que aparecem nos artigos da Convenção:

- a) Artigos 1º e 2º : Tratam do dever de implementação dos objetivos da convenção, de modo a assegurar o pronto retorno da criança e assegurar que os direitos de custódia e de acesso sejam respeitados;
- b) Artigo 7º : Dever de cooperação com as autoridades centrais de Estados estrangeiros e de coordenação das atividades das autoridades internas, sobretudo em ambientes federais que contem com autoridades centrais em nível de unidade da federação;
- c) Artigo 8º : As autoridades centrais têm o dever de receber e enviar os pedidos de retorno de crianças seqüestradas, salvo se do relato ficar constatada a inocorrência dos pressupostos de aplicação da Convenção;
- d) Artigo 9º : Caso a criança ilicitamente transferida não se encontre no território da autoridade central requerida, esta deverá transmitir o pedido imediatamente à autoridade central do país em que acreditar que a criança possa estar;
- e) Artigo 10: As autoridades centrais devem realizar todos os esforços para que o retorno da criança ao país de residência habitual ocorra de forma voluntária;
- f) Artigo 11, § 2º : As autoridades centrais devem agir com presteza nos procedimentos de retorno das crianças;
- g) Artigo 21: As autoridades centrais devem promover o exercício pacífico do direito de visita e a remoção de todos os obstáculos ao exercício desse direito;
- h) Artigo 27: As decisões que representarem negativa de cooperação segundo a Convenção deverão ser fundamentadas e informadas ao interessado ou à autoridade central requerente.

O sistema de autoridades centrais é o mecanismo operacional da Convenção, e um pedido de retorno de uma criança sempre deve ser direcionado por meio de uma autoridade central, “ainda que um advogado seja contratado diretamente pelo requerente para levar o caso diretamente a um tribunal” (DYER, 2000, p.13, tradução nossa).

3.5 Os Pressupostos para a Cooperação

A cooperação proporcionada pela Convenção sobre Seqüestro de Crianças diz respeito ao compromisso internacional de atuar internamente para proporcionar aos interessados, atingidos por um ato violador do direito de guarda ou de visita, todo o apoio dos órgãos estatais nacionais, bem como ao compromisso de estabelecer relacionamento entre autoridades centrais de Estados Contratantes mutuamente reconhecidos como órgãos aparelhados para a interlocução exigida pela cooperação disciplinada na Convenção.

A qualificação da guarda e da visita, portanto, são elementos importantes da aferição dos pressupostos para a cooperação. A Convenção sobre Seqüestro, entretanto, facilitou o

trabalho do intérprete ao vincular o conteúdo da guarda e da visita que interessam para a cooperação, providência sem a qual os Estados requeridos poderiam vir a enfrentar dificuldades maiores ainda do que as que ordinariamente enfrentam nos casos da espécie. De fato, a direito que caracteriza a guarda de interesse para a Convenção sobre Seqüestro é, especialmente, o de decidir sobre o local de residência da criança (alínea “a” do Artigo 5º). De forma semelhante, o direito de visita de interesse é aquele que atribua ao titular o poder de levar a criança para um local diferente do de sua residência (alínea “b” do Artigo 5º).

Com essas considerações, torna-se desnecessário aprofundar as diferentes variantes do direito de guarda ou de visita reconhecidas neste ou naquele Estado. Fundamental para a qualificação inicial é saber se, no caso, o interessado é titular do direito de decidir a residência ou do direito de ter acesso à criança levando-a transitoriamente para lugar diferente do de sua residência.

A primeira modalidade de cooperação não representa novidade, pois os Estados, em regra, proporcionam o apoio de órgãos públicos internos aos necessitados de assistência legal para propor ação em defesa de direitos.

Os sujeitos da segunda forma de cooperação, a internacional propriamente dita, são os Estados Contratantes, que, em regra, instituem mecanismos clássicos para o reconhecimento e a atribuição de eficácia a pedidos ou comandos judiciais produzidos no exterior. Com amparo na Convenção, essa cooperação entre Estados ganha em celeridade com a atuação das autoridades centrais, que passam a ser diretamente provocadas pelas autoridades centrais de outros Estados Contratantes em busca de solução para transferências ilícitas nos termos da Convenção. O fundamento para essa cooperação encontra-se no § 1º do Artigo 8º da Convenção, que estabelece:

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

Devem ser observados, entretanto, certos requisitos subjetivos e objetivos.

Primeiro, os Estados envolvidos devem reconhecer-se mutuamente como Contratantes aptos à cooperação nos termos da Convenção, o que se dá por meio de assentimento comunicado expressamente à Secretaria da Conferência da Haia (Artigo 38). Sem essa manifestação de aceitação não estará presente a reciprocidade necessária à cooperação.

Além disso, a criança a ser restituída deve ter tido residência habitual no Estado Contratante requerente imediatamente antes da violação do direito de guarda, e deve ter menos de 16 anos de idade ao tempo da ordem de retorno, pois a aplicação da Convenção cessa quando a criança atinge a idade de dezesseis anos (Artigo 4).

Esse limite de idade não se harmoniza com o indicado na Convenção da ONU dos Direitos da Criança, que conceitua a criança como o ser humanos com menos de 18 anos de idade. Não obstante, a idade de 16 anos indicada na Convenção da Haia representa um limite adotado quase universalmente pelas legislações nacionais para marcar o momento em que o ser humano passa a adquirir capacidade relativa para os atos da vida civil, momento em que sua manifestação de vontade deve ser inequivocamente considerada, sobretudo no que concerne aos direitos de convivência familiar.

A transferência que fundamenta o pedido de restituição deve ter sido uma transferência ilícita segundo os critérios presentes no Artigo 3º:

Artigo 3

A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
- b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.

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

Primeiramente, deve ter havido violação a direito de guarda, que nos termos da Convenção compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o

direito de decidir sobre o lugar da sua residência” (Art. 5º, alínea “a”). Este direito não se confunde com o ‘direito de visita’, que não enseja ordem de restituição, embora compreenderá o direito de levar a criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside” (Art. 5º, alínea “b”).

O direito de guarda, ademais, deve ter sido conferido ao interessado previamente à transferência ou retenção, elemento temporal fundamental para a existência da obrigação internacional de cooperação disciplinada pela Convenção (Art. 3º). Finalmente, impõe-se verificar se a criança tinha residência habitual no Estado em favor do qual se pretende a restituição da criança, pois a obrigação imposta pela Convenção “aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita” (Art. 4º).

Como se pode perceber, os pressupostos para aplicação da Convenção devem ser encontrados em lei, contrato ou decisão judicial que assegure direito anterior à transferência ou retenção. É justamente esta anterioridade que enseja a ilicitude da conduta daquele que transfere ou retém o menor, ou viola o direito de visita. Além disso, tratando-se de cooperação baseada na reciprocidade, é razoável concluir que o comportamento da autoridade central de um Estado venha a ser ajustado aos limites do comportamento da congênere estrangeira. Assim, se o Estado estrangeiro desconhece a decisão antecipatória de tutela, não será razoável ao Estado brasileiro deferir tal medida de remoção de crianças para aquele Estado.

3.6 Os Fundamentos da Não-cooperação

A regra geral que resulta da Convenção é a de cooperação para devolução da criança ao Estado de onde foi removida ilicitamente, ou da cooperação para o acerto dos direitos de visita. O segundo caso - cooperação para assegurar o direito de visita – não enseja maiores preocupações, pois ainda que o acesso à criança ficasse limitado ao território do Estado

requerido, o superior interesse da criança estaria atendido em razão do acesso ao familiar assegurado.

A situação é mais complexa quando se requer cooperação em razão de alegada transferência ilícita com violação a direito de guarda existente no território do Estado requerente, o que ensejaria a cooperação de restituição da criança. Para tal situação, o primado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência do superior interesse da criança na apreciação dos conflitos de interesses em que os direitos da criança estiverem em pauta levam à apreciação da presença das circunstâncias que autorizam a negativa da restituição requerida.

A Convenção sobre Seqüestro estabelece três exceções face às quais o Estado requerido pode deixar de retornar a criança (PÉREZ-VERA, 1980, p. 7). Dessas exceções, duas encontram-se presentes no Artigo 13:

Artigo 13

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

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

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

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

Primeiramente, quando ausentes os pressupostos para a restituição (alínea “a”). Ou seja, quando o requerente não exercia direito de guarda anteriormente à transferência ou retenção ilícita, o que significa a inoccorrência da situação que a Convenção sobre Seqüestro procura proteger.

A segunda exceção, que se fundamenta na alínea “b” do § 1º e no § 2º, evidentemente diz respeito à proteção do superior interesse da criança segundo uma abordagem distinta

daquela que orienta ordinariamente a Convenção sobre Seqüestro, uma vez que esta dá ao superior interesse da criança o conteúdo específico de não ser deslocado de sua residência habitual. Assim, a exceção funda-se na existência de circunstância que ponha em risco o “interesse primário de qualquer pessoa de não ser exposta a um perigo físico ou psíquico, ou colocada em uma situação intolerável” (PÉREZ-VERA, 1980, p. 7, tradução nossa). Da mesma natureza é a exceção fundada na manifestação de vontade da criança que tenha alcançado uma idade madura para tal avaliação. Esta última, por sinal, tem reconhecido acolhimento no ordenamento jurídico brasileiro e sede constitucional, conforme decidido pelo STF no HC 69303-MG, cuja ementa é adiante transcrita:

HC 69303 / MG - MINAS GERAIS
 HABEAS CORPUS
 Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA
 Rel. Acórdão
 Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 30/06/1992 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO
 Publicação: DJ DATA-20-11-92 PP-21612 EMENT VOL-01685-03 PP-00633 RTJ VOL-00144-01 PP-00233
 Ementa
 HABEAS-CORPUS - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE - PERTINÊNCIA. À família, à sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, à criança e ao adolescente, 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, e de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto à permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfin e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores - de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstâncias reinantes reclamem.

Silberman (2000, p. 235, tradução nossa) aborda da seguinte forma a questão da presença dos requisitos para a negativa de cooperação e emissão da ordem de retorno da criança, sobretudo daquele contido na alínea “b”, referente ao grave risco para a criança:

No caso *Friedrich v Friedrich*, o Tribunal de Apelação do 6º Circuito dos Estados Unidos (jurisdição federal), capturou a essência da análise que deve ser feita por um tribunal confrontado com uma defesa da negativa de devolução amparada no Artigo 13 (b):

“Nós acreditamos que um grave risco de dano, para a finalidade da Convenção, somente pode existir em duas situações.

Primeiro, há um grave risco de dano quando o retorno da criança ponha a criança em iminente perigo ante que a disputa da custódia seja decidida pela jurisdição local – ex., retornar a criança para uma zona de guerra, de fome ou de doença.

Segundo, há um grave risco de dano em casos de abuso ou negligência séria, ou dependência emocional extraordinária, quando o tribunal seja incapaz ou desinteressado de assegurar adequada proteção à criança.”

O decisão do Tribunal, em *Friedrich v Friedrich*, sugere que, qualquer que seja a natureza do dano, a criança seja retornada tão logo exista certeza de que os tribunais do país de residência habitual estejam em posição de conhecer o mérito dos riscos de dano à criança e proteger a criança se necessário.

[...]

Também relacionados à questão do risco grave indicado no Artigo 13 (b) (de dano ou de criação de uma situação intolerável) são os procedimentos de investigação e certificação das alegações de risco adotados pela corte perante a qual o pedido de retorno seja feito. Se as investigações extensas e completas, repletas de testemunhos e de manifestações periciais tornarem-se a norma sempre que existirem alegações de abuso sofrido pela esposa ou pela criança, a natureza sumária dos procedimentos de retorno – um importante objetivo da Convenção sobre Seqüestro de Crianças – serão frustrados. Alegações de abusos de todos os tipos são feitos freqüentemente em disputas de custódia, e é freqüentemente difícil verificar a veracidade das alegações. Em vez de chamar a si a tarefa de ouvir testemunhos periciais para avaliar a veracidade das alegações ou o impacto sobre a criança, uma avaliação judicial sobre a aplicação da Convenção deve determinar se uma ameaça de dano à criança pode ser evitada caso a ordem de retorno seja dada, e dirigir seus esforços para que sejam feitos os arranjos para o retorno seguro da criança.

[...]

(No caso) O Tribunal concluiu que a “França poderia proteger as crianças de abusos futuros” mas também concluiu que a França não poderia “protegê-las dos traumas de serem separadas do atual lar e da família e retornadas ao lugar em que havia sofrido abusos sérios, sujeitas às incertezas dos procedimentos judiciais e à assistência social pública”.

Mais uma vez é possível identificar nesses argumentos a presença da tensão entre a opção pela avaliação do superior interesse da criança no caso concreto e a opção pela presunção de que o superior interesse da criança estará atendido com a restituição ao Estado de residência habitual, jurisdição natural para as questões referentes à guarda da criança.

A terceira das objeções que podem impedir a cooperação está contida no Artigo 20 da Convenção sobre Seqüestro, e ocorre quando a restituição “não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (Artigo 20).

Conforme Pérez-Vera (1980, p. 7-8), essa objeção aborda um tema que não costumava ser inserido em tratados de direito internacional privado, razão pela qual foi objeto de

intensos debates quando das discussões que levaram à aprovação do texto convencional. Primeiramente, fora aprovada uma redação que refletia a preocupação de grande número de Estados com as regras nacionais sobre direitos de família de muitos outros Estados. Esse tipo de objeção trazia o inconveniente de autorizar uma apreciação jurídica sobre o direito de família do Estado requerente pelo Estado requerido. A solução de fazer referência aos direitos humanos teve a vantagem de subordinar a avaliação do Estado requerido a regras e princípios que se encontram presentes não apenas no seu direito interno, mas principalmente em tratados universais geralmente aceitos tanto pelo requerente quanto pelo requerido.

Bruch (2000, p. 49, tradução nossa) confirma a presença desse mecanismo na Convenção sobre Seqüestro e chama a atenção para a maneira como ela opera juntamente com o peculiar processo de adesão e aceitação da adesão para assegurar o respeito aos direitos humanos:

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civil do Seqüestro Internacional de Crianças (Convenção sobre o Seqüestro de Crianças) contém dois mecanismos projetados para proteger os direitos humanos. O primeiro é o método pelo qual os Estados se tornam parte dela. Uma forma especial de adesão, não ratificação, deve ser usada por países que não eram membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Conferência da Haia) em 1980, quando a Convenção foi promulgada. A segunda é a exceção ao comando usual de que uma criança seja restituída a sua residência habitual. A restituição pode ser rejeitada se colocar em risco os direitos e liberdades fundamentais humanas.

3.7 As Decisões de Mérito e as Liminares

A possibilidade de emissão de decisões cautelares e liminares é expressamente prevista na Convenção na parte em que esta determina a adoção de medidas de urgência:

Artigo 11

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

[...]

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.**

[...] (grifo nosso)

Todavia, “o retorno da criança de acordo com as disposições contidas no Artigo 12º poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (Artigo 20 da Convenção).

Essa alternativa é um instrumento importante para facilitar a adesão de Estados que desconheçam ou não admitam a emissão de ordens judiciais liminares, sobretudo ordens *ex parte*, e evidenciam o prestígio dos direitos humanos como valor merecedor de proteção universal. Por outro lado, a alternativa de somente determinar o retorno de crianças após estabelecido o contraditório representa inegável redução da rapidez e eficácia dos pedidos de restituição das crianças ilicitamente transferidas.

3.8 O Reconhecimento da Condição de Estado Contratante

Embora a adesão à Convenção vincule os Estados à observância de suas disposições e cumprimento das obrigações ali estabelecidas, o texto convencional não erige um sistema próprio de solução de controvérsias ou de responsabilização dos Estados por condutas que constituam ilícitos internacionais. A ausência desse sistema enfraquece, em princípio, a efetividade da Convenção.

Todavia, mesmo sendo um regime em que a transgressão não acarreta prejuízos substanciais para o violador, o que se tem observado é um genuíno e espontâneo esforço de adesão e adequação de um número cada vez maior de Estados às normas da Convenção.

Parte substancial do sucesso da Convenção deve-se ao engenhoso sistema de reconhecimento de um Estado pelos demais, como requisito ao início do dever de cooperação entre os Estados. Ou seja, a adesão de um Estado à Convenção não o credencia automaticamente a receber ou prestar cooperação aos demais Estados. Essa obrigação somente se materializa perante Estados que o tenham reconhecido. Trata-se, evidentemente,

de um procedimento destinado a garantir que um Estado somente se veja obrigado a cooperar com outros Estados cujos ordenamentos sejam merecedores de confiança (BRUCH, 2000).

Os tratados são eficazes, em geral, a partir do momento em que aperfeiçoado o procedimento de inserção do texto no ordenamento jurídico do Estado contratante. No caso de tratados que versem direitos privados, a partir da inserção formal no ordenamento jurídico nacional, tanto o Estado estará obrigado a dar cumprimento ao texto na seu relacionamento internacional quanto estará obrigado a aplicar o texto em vigor aos conflitos privados ocorridos no âmbito interno.

A peculiar sistemática de reconhecimento recíproco para a vigência e eficácia internacional da Convenção sobre o Seqüestro gera para os Estados a necessidade de verificação cuidadosa das regras de vigência para decidir sobre a vigência desse tratado para reger os conflitos privados decididos internamente sem a participação de autoridades centrais estrangeiras e que invoquem a incidência da Convenção sobre Seqüestro.

Face à especialíssima sistemática de reconhecimento da condição de Estado Contratante, tratando-se de pedido de restituição fundado na Convenção sobre Seqüestro, a decisão envolverá apreciação da ilicitude da transferência como elemento prévio e fundamental à emissão da ordem de restituição, ordem esta limitadora da jurisdição nacional para decidir o mérito do conflito de família. Assim, o Estado nacional somente deverá declinar da jurisdição, e restituir sem apreciar o mérito do conflito de interesses familiares, face a Estado que tenha assumido igual compromisso com o declinante.

Dessa forma, inexistente o compromisso de reciprocidade materializado no reconhecimento da adesão, a Convenção sobre Seqüestro não deverá ser acolhida como fundamento coercitivo para as causas provocadas seja por particulares seja pelas autoridades centrais estrangeiras, mas como mero fundamento doutrinário, como ocorre com os tratados não ratificados em geral.

3.9 Vigência, Adesão, Denúncia e Reservas

A Convenção foi concluída em 25 de outubro de 1980, e entrou em vigor na esfera internacional em 1º de dezembro de 1983, com o depósito do terceiro instrumento de ratificação (Artigo 43). A vigência internacional nem sempre se confunde com a vigência interna. O Brasil, por exemplo, adota o entendimento de que os tratados somente são internalizados no ordenamento jurídico nacional após um procedimento complexo que envolve intervenção dos poderes Executivo e Legislativo, com a final promulgação do texto do tratado por meio de decreto presidencial¹⁴. Tratando-se de tratado não assinado pelo Estado brasileiro e já vigente na ordem internacional, o procedimento adotado no Brasil é o de adesão, precedido de autorização do Congresso Nacional (MEDEIROS, 1995, p. 457-458).

O Artigo 44 da Convenção sobre Seqüestro estabelece que o texto tem vigência por cinco anos, renováveis, tacitamente, pelo mesmo período.

Embora o texto convencional admita a adesão de qualquer Estado, a Convenção sobre Seqüestro é considerada um tratado multilateral do tipo semi-aberto, pois a adesão somente torna-se eficaz em relação aos demais Estados quando estes formalizam a aceitação da adesão nos termos do § 4º do Artigo 38 da Convenção:

Artigo 38

Qualquer outro Estado poderá aderir à Convenção.

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

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

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

¹⁴ A consolidação do entendimento acerca da separação da vigência dos tratados na ordem internacional e na ordem jurídica interna brasileira, na qual os tratados ingressam no patamar hierárquico das leis ordinárias federais, foi objeto do RE 80004-SE. A sistemática constitucional da internalização dos tratados foi modificada pela Emenda Constitucional 45-2004, que previu a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem incorporados ao ordenamento nacional com estatura de emendas constitucionais desde que submetidos ao rito de aprovação destas.

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

Os únicos países que puderam assinar e ratificar a Convenção, e imediatamente tiveram acesso ao reconhecimento recíproco de todos os demais como Estados Contratantes foram os 29 (vinte e nove) Estados que participaram do processo de negociação (Artigo 37). Todos os demais aderentes foram submetidos ao procedimento previsto no Artigo 38. Essa estranha sistemática de acesso à Convenção e à cooperação internacional nela prevista resultou da consciência de que as diferenças culturais, jurídicas e políticas entre o reduzido e mais uniforme grupo de países de raízes eminentemente européias que deu origem à Convenção e os demais Estados que viriam aderir ao tratado ao longo do tempo (DYER, 2000). Tratando-se, ademais, de um tratado cuja aplicação resulta na transferência de crianças de um Estado para outro, a sistemática adotada tem sido instrumento importante para assegurar o primado do superior interesse da criança.

Qualquer dos Estados Partes poderá denunciar a Convenção com antecedência mínima de 6 (seis) meses da expiração do período de 5 (cinco) anos de vigência.

Por meio do Artigo 42, o texto convencional admite reservas ao Artigo 24 e ao § 3º do Artigo 26. Essas são as únicas reservas admitidas, e poderão ser retiradas posteriormente se assim desejar o Estado aderente:

Artigo 42

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

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

O Artigo 24, que trata das línguas que podem ser empregadas nos documentos trocados entre as autoridades centrais, tem a seguinte redação:

Artigo 24

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

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

A autoridade central requerente tem a obrigação de enviar os documentos na língua original, mas acompanhados de traduções para a língua oficial da autoridade central requerida. Caso a tradução seja de difícil realização, poderá ser utilizada uma das duas línguas oficiais da Conferência - inglês ou francês -. O texto convencional admite que o Estado parte faça reserva à utilização de uma dessas duas línguas, mas não admite reserva a ambas. Ou seja, deve estar assegurado aos demais Estados a possibilidade de remessa de documentos em inglês ou em francês, não podendo haver exclusão da utilização de ambas.

A Convenção também admite que o Estado aderente apresente reserva ao texto do § 3º do Artigo 26. Esse Artigo aborda a responsabilidade pelas despesas emergentes da cooperação:

Artigo 26

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

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

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

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

O § 3º desse Artigo trata do custeio dos serviços de advogado, consultor jurídico e custas judiciais, despesas que o Estado aderente pode excluir de sua responsabilidade por meio de reserva, salvo se houver em seu ambiente interno a previsão de prestação de tais serviços pelo

ente estatal aos residentes, situação ante a qual a opção pela reserva representaria quebra da isonomia perseguida pela Convenção.

Esse § 3º do Artigo 26 é considerado pela doutrina a única reserva substancial da Convenção, e resultou dos esforços das delegações do Canadá e dos Estados Unidos da América, países não dotados de sistemas nacionais de auxílio legal aos estrangeiros interessados. Essa reserva tem causado problemas para os estrangeiros que não conseguem suportar os custos do acesso ao sistema judicial, sobretudo nos EUA (DYER, 2000).

Dos 75 (setenta e cinco) Estados partes na Convenção da Haia sobre o Seqüestro Internacional de Crianças, 40 (quarenta) Estados apresentaram reservas conforme autorizado pelo Artigo 42 da Convenção. O sítio de Internet da Conferência da Haia divulga o teor das reservas apresentadas pelos Estados Contratantes.

3.10 Desafios Constitucionais à Convenção da Haia sobre Seqüestro

Nos Estados em que a Convenção sobre Seqüestro vem sendo aplicada há mais tempo, e com maior número de ordens de restituição de crianças deferidas, como nos Estados europeus, tem havido questionamentos sobre a inconstitucionalidade de algumas dessas aplicações concretas e sobre inconstitucionalidade do texto de alguns dispositivos da Convenção abstratamente considerados. Essas objeções quanto à constitucionalidade da aplicação ou do texto propriamente dito ainda não foram observadas no Brasil, talvez como reflexo da reduzida prática brasileira com a Convenção, mas têm caráter fundamental e torna-se imperioso comentá-las.

As alegações de inconstitucionalidade têm atingido os artigos 3º, 12, 13 e 14 da Convenção, ao fundamento de que estes artigos infringiriam os direitos fundamentais das crianças e dos pais, como os de proteção ao superior interesse da criança, de respeito ao poder familiar, do direito de ser ouvido, do direito de livre movimentação (liberdade de ir e vir) e até mesmo de proteção contra a extradição (COESTER-WALTJEN, 2000, p. 60).

Essas alegações de inconstitucionalidade têm sido rejeitadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, e alegações similares de violação de direitos humanos perante a Comissão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm sido igualmente repelidas.

O Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, afirma que a Convenção trata equilibradamente os interesses legítimos dos pais e o superior interesse da criança, mas o Tribunal também ressaltou que um conflito entre esses dois interesses, o último deve prevalecer. E que, em princípio, o superior interesse da criança estará mais bem servido quando a criança for restituída o mais cedo possível ao Estado de residência habitual, o que é aplicável tanto a uma criança específica quanto a todas as crianças em geral.

O constrangimento à livre movimentação resultante da ordem de restituição da criança tampouco foi visto como um vício de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Alemão, uma vez que o retorno da criança a uma pessoa que tenha a guarda representa devolvê-la a alguém que, em regra, é reconhecido pelas legislações nacionais como detentor do poder de decidir o local em que a criança residirá.

A arguição de ocorrência de uma extradição vedada pela lei ou pela constituição, como a do brasileiro nato¹⁵, seria afastada com idêntico fundamento. Todavia, como alerta Coester-Waltjen (2000, p. 61), se uma criança de nacionalidade alemã (e o mesmo seria aplicável à criança brasileira) fosse objeto de pedido de restituição de um Estado que tivesse, o próprio Estado ou uma de suas instituições de guarda de menores, a guarda da criança, o que é admitido pelo Artigo 3º da Convenção, as objeções à restituição deveriam ser enfrentadas com outros argumentos, como o de que o Estado não estaria agindo com o *iure imperii* típico dos requerimentos de extradição, mas com os direitos e obrigações típicos de um ente privado detentor do poder-dever de guarda da criança.

¹⁵ A Constituição brasileira (Art. 5º, inciso) veda a extradição do brasileiro nato, e a Convenção da Haia sobre o Sequestro de Criança admite a restituição de criança que detenha a condição de brasileiro nato.

A objeção relacionada à extradição também poderá surgir quando o Estado requerente propuser em paralelo tanto um requerimento de restituição fundado na Convenção sobre Seqüestro quanto um requerimento de extradição fundado em tratado ou compromisso de reciprocidade. Nesses casos, tratando-se de extradição vedada pelo ordenamento nacional, o magistrado que vier a decidir a restituição do menor estará frente a situação em que o deferimento da restituição poderá representar o afastamento da criança de um dos pais por longo período, uma vez que em muitos Estados não se admite aos foragidos da justiça o direito de petição para assuntos privados. No Capítulo 5 deste texto é abordada a experiência internacional com um pedido de restituição que foi objeto de engenhosa dedicação dos julgadores em razão do risco de prisão que os pais da criança enfrentariam caso ingressassem no Estado requerente da cooperação.

CAPÍTULO 4

4. O BRASIL E A CONVENÇÃO SOBRE SEQUESTRO DE CRIANÇAS

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é um tratado multilateral moderno que tem proporcionado solução para o grave problema de proteger crianças do mundo inteiro dos efeitos prejudiciais das transferências e retenções em Estados diferentes daqueles de residência habitual da criança, com violação dos direitos de guarda e visita. Em 28 de fevereiro de 2005, 75 (setenta e cinco) Estados haviam aderido à Convenção, o que fornece uma idéia razoável do sucesso do texto, “considerada pela doutrina internacional a mais bem sucedida Convenção da Haia sobre direito de família” (DOLINGER, 2003, p. 244).

4.1 A Adesão com Reserva do Brasil à Convenção sobre Sequestro

O Brasil não foi signatário da Convenção sobre Sequestro de Crianças, mas aderiu ao texto em 1999, após a aprovação da adesão por meio do Decreto Legislativo Nº 79, de 15 de setembro de 1999, o que deu origem à remessa da Carta de Adesão¹⁶ do Estado brasileiro assinada em 27 de setembro de 1999, tendo o Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos confirmado o depósito do instrumento de adesão em 19 de outubro de 1999, bem como a entrada em vigor da Convenção para o Brasil em 1º de janeiro de 2000. Juntamente com a confirmação das datas de depósito e início de vigência, o comunicado do órgão depositário lembrou “que a adesão somente produzirá efeitos nas relações entre o Brasil e os Estados Partes que tiverem declarado aceitar essa adesão”.

O Decreto de promulgação da Convenção sobre Sequestro no Brasil, Decreto Nº 3.413, de 12 de abril de 2000, foi publicado no Diário Oficial da União de 13 de abril de 2000.

¹⁶ A Carta de Adesão do Brasil à Convenção sobre os Efeitos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças encontra-se em cópia no Anexo deste texto.

Os tratados inserem-se no ordenamento jurídico brasileiro, em regra, por meio de processo solene e completo, assim explicado por Medeiros (1995, p. 457-458):

“1) O processo solene e completo

Pode transcorrer de duas formas a) inicia com a negociação e a adoção do texto, prossegue com a avaliação interna de suas vantagens ou inconvenientes e, no caso de ser aprovado, ocorre a manifestação da vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado, o aperfeiçoamento jurídico-internacional dessa vontade e a incorporação do texto do tratado à ordem jurídica interna (negociação – assinatura – mensagem ao Congresso – aprovação parlamentar – ratificação – promulgação); b) o Executivo solicita ao Congresso autorização para aderir a um tratado. Concedida a autorização, é remetido o instrumento de adesão à autoridade depositária do tratado, que leva ao conhecimento das partes a decisão do Brasil de também assumir as obrigações do tratado. Entrando o ato de adesão em vigor no plano internacional, o tratado é incorporado à ordem jurídica interna”.

Ao aderir à Convenção, o Estado brasileiro o fez com adoção de uma das reservas admitidas pelo Artigo 42 do texto convencional. Assim, o § 1º do Artigo 1º do Decreto Legislativo Nº 79/1999, que aprovou a adesão do Brasil à Convenção sobre o Seqüestro, formalizou da seguinte maneira em seu texto a reserva permitida pelo § 2º do Artigo 24 da Convenção:

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

A Exposição de Motivos conjunta, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, que acompanhou a remessa do texto da Convenção sobre o Seqüestro Internacional de Crianças ao Congresso Nacional fundamentou a reserva realizada com as seguintes considerações:

6. Ao aderir à presente Convenção, o Brasil deverá fazer reserva ao disposto no artigo 24, que prevê o encaminhamento de requerimentos, comunicações ou documentos na língua do Estado requerente, acompanhados de tradução em francês ou inglês. A lei brasileira estabelece a obrigatoriedade do uso do vernáculo em todos os atos processuais, preceituando o artigo 157 do Código de Processo Civil que “só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira quando acompanhado de versão em vernáculo firmada por tradutor juramentado.” A possibilidade de reserva, inclusive, está prevista no próprio texto do artigo mencionado¹⁷.

A reserva brasileira, entretanto, da forma como redigida, não parece se ajustar aos limites da autorização contida no citado Artigo 24 da Convenção, antes transcrito. De fato, no

caso de ser difícil a tradução dos textos para a língua oficial do Estado requerido, a Convenção assegura que o Estado requerente poderá enviar o pedido traduzido em língua inglesa ou francesa, por serem estas as línguas oficiais da Conferência e línguas de amplo conhecimento e facilidade de tradução.

O Estado requerido, ao aderir à Convenção, poderá “opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos”. Assim, causa estranheza que o Estado brasileiro tenha apresentado reserva que torne obrigatório o envio de todos os requerimentos e documentos em língua portuguesa, pois representará exclusão simultânea do uso das línguas inglesa e francesa, ainda que se torne difícil para o Estado requerente a produção de tradução para o português. A exigência contida no artigo 157 do Código de Processo Civil brasileiro - de tradução para o vernáculo dos textos anexados aos autos judiciais - deve ser vista como um requerimento legal interno, que deverá ser observado pela Administração e pelos particulares que se dirigirem à Jurisdição brasileira, razão pela qual não deveria ser invocada pelo Estado brasileiro para reger o relacionamento internacional que envolve as autoridades centrais encarregadas de dar curso à cooperação estabelecida pela Convenção.

A reserva formal brasileira, entretanto, não tem impedido que o Brasil atenda aos pedidos de cooperação que lhe são encaminhados, e embora tenha sido objeto de uma declaração de inconformismo do Governo da Finlândia, esta veio acompanhada do esclarecimento de que o repúdio à reserva não prejudicaria o reconhecimento do Brasil como parceiro na cooperação¹⁸.

¹⁷ A exposição de motivos encontra-se arquivada na Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores.

¹⁸ A reserva brasileira ao artigo 24 é divulgada pela Conferência da Haia juntamente com uma declaração encaminhada pelo Governo da Finlândia:

Reservation Article: 24 (Translation)

(...) with a reservation as provided for in Article 24 of the said Convention (permitted under Article 42), to the effect that foreign documents appended to legal instruments must be accompanied by a translation into Portuguese done by a sworn translator. *

4.2 O Reconhecimento do Brasil como Estado Contratante

A validade de um tratado bilateral ou multilateral submete-se aos mesmos requisitos gerais de validade dos atos jurídicos: sujeitos capazes, objetos lícitos, vontades livres e forma conveniente. Assegurados esses requisitos, e cumpridas as formalidades para sua inserção no mundo jurídico, o tratado estará pronto a produzir efeitos (DAILLIER; PELLET, 1999, p. 186-187).

O artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁹ determina que todos os tratados em vigor vinculam as partes e devem ser executados pelas mesmas em boa fé. E o artigo 24 da mesma Convenção estabelece que o “tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou acordadas pelas partes”. Na ausência dessa previsão, o tratado entra em vigor “tão logo o consentimento em obrigar-se” seja manifestado, e se a manifestação de adesão ocorrer após a entrada do texto em vigor internacional, “o tratado, salvo disposição em contrário, entrará em vigor em relação ao Estado nessa data”.

O princípio da não-retroatividade é um princípio geral aplicável a todos os atos jurídicos internacionais. Ele corresponde a uma técnica de solução, entre outros, do problema de aplicação das regras convencionais no tempo. A aplicação desse princípio é comandada pela preocupação de conciliar dois objetivos algumas vezes contraditórios: garantir a segurança jurídica dos destinatários das normas internacionais e não retardar indevidamente a aplicação das regras novas de direito internacional. Deduzir-se-á que toda convenção internacional deve ser apreciada, salvo disposição em contrário, à luz das regras de direito contemporâneas a sua

* The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands received a Note dated 21 June 2000 from the Embassy of Finland concerning the reservation made by Brazil. The Note reads as follows: "(...)The Government of Finland is unable to accept the reservation in so far as it is incompatible with Article 24(2) and 42(1) of the Convention.

According to Article 24(1), any application, communication or other document sent to the Central Authority shall be in the original language, and shall be accompanied by a translation into the official language or one of the official languages of the requested State, or where that is not feasible, a translation into French or English. Under Article 24(2) a Contracting State may, by making a reservation, object the use of either French or English, but not both, in any application, communication or other document sent to its Central Authority. Having regard to the wording and purpose of this provision the Finnish Government considers that the reservation made by Brazil, which excludes the use of both French and English languages in cases where it is not feasible to obtain a translation of the document into Portuguese, is not allowed under Article 24(2) and 42(1). In conclusion, the Finnish Government declares that in relation to Finland this reservation may not be invoked by the authorities of Brazil in so far as this would be incompatible with the aforementioned provisions of the Convention. This declaration is not to be interpreted as preventing the entry into force of the Convention between Finland and Brazil.(...)"

¹⁹ O Brasil não aderiu à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, mas o texto é adotado como fonte doutrinária do direito internacional.

conclusão, e que sua operação não pode incidir que sobre os fatos posteriores a sua entrada em vigor (regra do efeito imediato) (DAILLIER; PELLET, 1999, p. 219, tradução nossa).

A aplicação da Convenção sobre Seqüestro aos fatos pelo Estado brasileiro demanda a observação atenta dessas questões, pois a Convenção ostenta procedimento de adesão e aceitação de adesão peculiares. A adesão brasileira representou a manifestação da vontade de pactuar, mas essa declaração somente adquire eficácia quando outra manifestação válida de vontade for expressada por Estado que aceite a adesão brasileira, e isto ocorre caso a caso, Estado a Estado. Além disso, o princípio da não-retroatividade leva à não-incidência da Convenção sobre o Seqüestro para a disciplina dos casos ocorridos antes de o texto ter-se tornado eficaz entre os Estados envolvidos em determinado pedido de cooperação.

O procedimento de aceitação da adesão de um Estado à Convenção pode ser entendido, portanto, como uma condição suspensiva da cooperação internacional ali disciplinada. Enquanto não notificado do reconhecimento por meio de comunicação expressa do Secretariado da Conferência, o Estado não estará obrigado internacionalmente à cooperação. No ambiente interno, tal aceitação é condição suspensiva da aplicação do texto da Convenção sobre Seqüestro aos casos concretos postos perante a Administração ou a Jurisdição federal brasileira, quer o Estado brasileiro apareça no pólo passivo do pedido de restituição quer apareça no pólo ativo do pedido de restituição da criança.

De fato, embora a Convenção tenha ingressado formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação da adesão pelo Congresso Nacional e a promulgação e publicação do texto, as regras ali contidas só atingem de forma cogente os conflitos de interesses que envolvam transferências ilícitas entre Estados que se tenham mutuamente reconhecido como beneficiários da cooperação disciplinada. A obrigação internacional do Estado brasileiro somente se inicia após a aceitação de sua adesão ao texto convencional. É esta, entendo, a melhor interpretação para o teor dos §§ 4º e 5º do Artigo 38.

A prática do Estado brasileiro nos casos concretos não tem observado essa vedação geral à retroatividade dos tratados. Nos casos em que o Estado brasileiro recebe pedido oriundo de Estado não aceitante da adesão brasileira, a Autoridade Central Administrativa Federal procura viabilizar a necessária aceitação por meio de contato com a Autoridade Central do Estado da residência habitual violada pela transferência ilícita. Se houver a aceitação, a cooperação prosseguirá. Caso o pedido fundado na Convenção seja apresentado diretamente pelo interessado ao Poder Judiciário brasileiro, este deverá informar-se sobre a aceitação da adesão brasileira pelo Estado da residência habitual violada antes de aplicar o texto da Convenção ao caso concreto. Todavia, esse não foi o procedimento adotado em caso proposto perante a Justiça Federal em julho de 2001, e julgado procedente para determinar a restituição de uma criança brasileira à Suécia, Estado que ainda não havia manifestado aceitação da adesão brasileira à Convenção sobre Seqüestro ao tempo da prolação da sentença.

4.3 A Estrutura Administrativa no Brasil

O Brasil é uma República Federativa que conta com três níveis políticos autônomos nos termos da Constituição. O compromisso internacional firmado por um Estado federal como o Brasil vincula todas as ordens internas brasileiras, salvo disposição diversa contida no tratado.

As Convenções da Haia, sobre Adoção e sobre Seqüestro de Crianças, determinam que os Estados instituem uma autoridade central para cada Convenção (ou a mesma para ambas) e permitem que o Estado federal estabeleça internamente a estrutura operacional de apoio à autoridade central nomeada.

4.3.1 A Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF)

O Brasil, na qualidade de Estado aderente tanto à Convenção sobre Adoção, de 1993, quanto à Convenção sobre Seqüestro, de 1980, cumpriu o compromisso de instituir a

autoridade central requerida. Para ambas as Convenções foi indicada como Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SEDH) do Ministério da Justiça.

Primeiramente, por meio do Decreto Nº 3.174, de 1999, face à precedência da adesão, a SEDH foi indicada como autoridade central da Convenção sobre Adoção, e internamente, conforme autorizado pelo Artigo 7º da Convenção, foram indicadas como autoridades centrais estaduais as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção, tendo sido criado, ainda, um Conselho das Autoridades Centrais.

Em relação à Convenção sobre Seqüestro, o comportamento do Estado brasileiro foi substancialmente diferente do empregado em relação à Convenção sobre Adoção, pois embora o Artigo 6º da Convenção sobre Seqüestro também estabeleça que cada Estado designará uma autoridade central para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção, e confira liberdade aos Estados federais para a organização interna da estrutura administrativa de apoio à cooperação estabelecida pela Convenção, o Brasil concentrou a atividade de cooperação desta em uma única autoridade, localizada em nível federal. Confira-se o art. 6º da Convenção sobre Seqüestro:

Artigo 6

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

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

Assim, aprovada a adesão e promulgado e publicado o texto da Convenção sobre Seqüestro, o Poder Executivo federal brasileiro, por meio do Decreto Nº 3.951, de 4 de outubro de 2001, indicou a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça como a Autoridade Central Administrativa Federal para a Convenção sobre Seqüestro:

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

A Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça já havia sido designada pelo Decreto Nº 3.174, de 16 de setembro de 1999, como autoridade central federal para as atribuições impostas ao Estado brasileiro pela Convenção sobre Adoção:

Art. 1º Fica designada como Autoridade Central Federal, a que se refere o artigo 6 da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

Não foram designadas autoridades centrais estaduais ou municipais para a Convenção sobre Sequestro no Brasil, e a existência de uma jurisdição federal com alcance sobre todo o território nacional e uma polícia judiciária federal igualmente aparelhada para atuar sobre todo o território brasileiro completam as estruturas governamentais federais necessárias a tornar a Convenção eficaz no Brasil.

A Medida Provisória Nº 103, de 1º de janeiro de 2003, posteriormente convertida na Lei Nº 10.683, de 28 de maio de 2003, ao dispor sobre a reorganização da Presidência da República e dos Ministérios, transformou a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça em Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, e transferiu as atribuições daquela para esta:

[...]

Art. 31. São transformados:

[...]

V - a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, do Ministério da Justiça, em Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República;

[...]

Art. 32. São transferidas as competências:

[...]

IX - do Ministério da Justiça, relativas a direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias, à defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária e ouvidoria-geral dos direitos humanos, para a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República;

O Decreto que instituiu a ACAF para a Convenção sobre Sequestro também criou o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de

Crianças e o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Seqüestrados Internacionalmente:

Art. 3º Fica criado o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Seqüestro Internacional de Crianças, composto pelos seguintes membros:

- I - Autoridade Central, que o presidirá;
- II - Presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- III - um representante do Ministério das Relações Exteriores;
- IV - um representante da Defensoria Pública Federal;
- V - um representante da Secretaria Nacional Antidrogas;
- VI - um representante da Secretaria Nacional de Justiça;
- VII - um representante do Departamento da Criança e do Adolescente;
- VIII - um representante do Departamento de Polícia Federal.

Parágrafo único. Poderão integrar, ainda, o Conselho de que trata o presente Decreto:

- I - um representante da Procuradoria-Geral da República;
- II - um representante da Ordem dos Advogados do Brasil;
- III - um representante do Conselho Nacional dos Bispos do Brasil - Pastoral do Menor; e
- IV - um representante da Sociedade Brasileira de Pediatria.

Art. 4º Fica instituído, no âmbito do Departamento da Criança e do Adolescente, o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Seqüestrados Internacionalmente.

É interessante registrar que a Advocacia-Geral da União, órgão encarregado da defesa dos interesses da União em juízo, não integra o Conselho criado.

4.3.2 As Atribuições da Secretaria Especial dos Direitos Humanos

O Decreto Nº 3.951/2001 conferiu à Autoridade Central Administrativa Federal brasileira as seguintes atribuições:

Art. 2º Compete à Autoridade Central:

I - representar os interesses do Estado brasileiro na proteção das crianças e dos adolescentes dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícita;

II - estabelecer os procedimentos que garantam o regresso imediato das crianças e adolescentes ao estado de sua residência habitual;

III - receber todas as comunicações oriundas das Autoridades Centrais dos Estados contratantes;

IV - promover ações de cooperação técnica e colaboração com as Autoridades Centrais dos Estados contratantes e outras autoridades públicas, a fim de localizar a criança ou o adolescente deslocado ou retido ilicitamente e assegurar, no plano administrativo, se necessário e oportuno, o seu regresso;

V - tomar medidas apropriadas para:

a) fornecer informações relativas a legislação brasileira e dados estatísticos referentes ao seqüestro de crianças e adolescentes;

b) informar-se mutuamente sobre o funcionamento da Convenção e, na medida do possível, eliminar os obstáculos que eventualmente se apresentem;

c) proceder à troca de informações relativas à situação social da criança ou do adolescente, em caso de necessidade;

d) padronizar os requerimentos para regresso de crianças ou adolescentes e para a organização e exercício efetivo do direito de visita, de acordo com a recomendação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças;

e) assegurar a restituição voluntária da criança ou do adolescente ou facilitar uma solução amigável;

f) assegurar a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita;

g) garantir junto ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, por meio da Divisão de Polícia Criminal Internacional - INTERPOL, a localização de crianças e adolescentes deslocados ou retidos ilicitamente; e

h) evitar novos danos à criança ou ao adolescente ou prejuízo às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar as medidas preventivas previstas no Título III da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

VI - utilizar dados armazenados no Sistema de Informação para a Infância e Adolescência - SIPIA, para análise e decisão quanto:

a) aos nomes dos interessados no processo de solicitação de prestação de assistência, de forma a assegurar o regresso da criança ou do adolescente que tenha sido deslocado ou retirado de sua residência habitual na violação do direito de custódia;

b) aos nomes de crianças e adolescentes desaparecidos ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual;

c) ao cruzamento dos dados sobre crianças desaparecidas com os de crianças dadas em adoção internacional, para possível identificação de adoções ilegais; e

d) as estatísticas relativas às informações sobre crianças e adolescentes desaparecidas ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual em violação de um direito de custódia;

VII - tomar medidas em conjunto com outras autoridades públicas para acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica;

VIII - fornecer ao Departamento de Polícia Federal os dados referentes às crianças e aos adolescentes desaparecidos ou que tenham sido deslocados ou retirados de sua residência habitual em violação do direito de custódia, para que sejam feitas diligências nacionais e internacionais; e

IX - adotar as providências, em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores e com o Departamento de Polícia Federal, para assegurar o regresso das crianças e adolescentes brasileiros transferidos ilicitamente para o exterior.

Como se pode observar, embora o Estado brasileiro tenha assumido o compromisso de propor ação judicial ou facilitar a iniciativa do interessado por meio de seus órgãos internos, a ACAF não recebeu autorização da Lei ou do Decreto para fazê-lo em nome próprio, sendo-lhe atribuída competência apenas para “tomar medidas em conjunto com outras autoridades públicas para acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica” (inciso VII do Artigo 2º do Decreto Nº 3.951/2001).

A explicação para essa solução normativa reside no fato de a República Federativa do Brasil ter representação judicial por meio da Advocacia-Geral da União – AGU, conforme previsão contida no Artigo 131²⁰ da Constituição. A AGU somente age em nome da União quando requerido, razão pela qual a ACAF, também em nome da União, recebe o

²⁰ O Art. 131 da Constituição dispõe: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

requerimento de cooperação e, ante a presença dos pressupostos de procedibilidade, solicita à AGU o oferecimento de ação em nome da União perante a Justiça Federal.

A existência dessa estrutura federal de representação judicial e defesa dos interesses da União explica o desinteresse do Estado brasileiro em fazer reserva ao § 3º do Artigo 26 da Convenção. Dessa forma, o Brasil proporciona uma cooperação que muitos dos Estados requerentes não lhe asseguram quando o Estado brasileiro atua como requerente²¹.

É relevante registrar que o relatório produzido em 2004 pela equipe de consultores da Law Library of Congress para o Congresso dos EUA sobre o estado geral da Convenção sobre Seqüestro, na parte referente ao Brasil, assinada pela Consultora Fernanda C. A. Freitas (2004, p. 76), deixa a impressão de que o Estado brasileiro não proporciona defesa direta dos interesses dos requerentes, mas apenas diligencia para que essa defesa seja realizada. Não é o que ocorre, pois a AGU atua como o escritório de advocacia da União sempre que esta entenda necessário propor ação em nome próprio em defesa dos direitos ou em observância dos deveres do Estado brasileiro.

4.4 A Atuação do Estado Brasileiro Quanto ao Seqüestro de Crianças

Dolinger (2003, p. 312) afirma que o seqüestro dos próprios filhos não é algo comum no Brasil por não serem comuns os casamentos binacionais e por não se registrar uma “tendência acentuada de remoção indevida de crianças de um estado da Federação para outro”. Embora a tese seja plausível, esta pesquisa não encontrou dados estatísticos que a amparassem ou refutassem de forma definitiva. Salta aos olhos, entretanto, a ampliação do

²¹ Os EUA, Estado bastante rico e desenvolvido, apresentaram as seguintes reservas aos Artigos 24 e 26:

- (1) Pursuant to the second paragraph of Article 24, and Article 42, the United States makes the following reservation: All applications, communications and other documents sent to the U.S. Central Authority should be accompanied by their translation into English.
- (2) Pursuant to the third paragraph of Article 26, the United States declares that it will not be bound to assume any costs or expenses resulting from the participation of legal counsel or advisers or from court and legal proceedings in connection with efforts to return children from the United States pursuant to the Convention except insofar as those costs or expenses are covered by a legal aid program.

movimento internacional de pessoas. Além disso, substancial número de autores já citados ressalta o aumento dos conflitos familiares com elementos de conexão internacional.

É verdade que a remoção de crianças entre estados federados não constitui especial preocupação de juristas e legisladores em nosso País, diferentemente do que ocorre em Estados também federais como os Estados Unidos da América. A razão para a diferença, creio, reside no fato de a legislação civil no Brasil ser competência privativa da União, ente federal, o que exclui a possibilidade de conflitos espaciais no interior da federação brasileira, diferentemente do que ocorre nos EUA. Ou seja, as controvérsias decorrentes do deslocamento indevido de crianças pelos pais também ocorrem no Brasil, mas apresentam interesse concernente apenas ao conflito de jurisdições internas e ao controle do respeito aos princípios que devem reger as decisões sobre direitos da criança, como o da dignidade humana e do superior interesse da criança.

4.4.1 Cooperação Ordinária, Convenção sobre Seqüestro e Convenção Interamericana

O processamento de cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras são os mecanismos consagrados na legislação interna dos países para a cooperação jurisdicional internacional. As cartas rogatórias têm por objetivo o cumprimento de atos variados, de natureza ordinatória, instrutória ou executória requeridos por jurisdições estrangeiras. As homologações de sentenças têm por objetivo tornar a sentença estrangeira um título executivo judicial perante a jurisdição nacional (ARAÚJO, 2003, p. 243).

Com base no princípio da ordem pública, o Poder Judiciário brasileiro não concede, em regra, *exequatur* a cartas rogatórias que objetivem realização de medidas executórias no território nacional. Esse rigor é abrandado, entretanto, quando se trata de carta rogatória oriunda de Estado com o qual o Brasil mantenha acordo internacional para a matéria, como é o caso dos Estados do Mercosul, bloco regional no qual vigoram tanto o Protocolo de Medidas Cautelares, de 16 de dezembro de 1994, como o Protocolo de

Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa - Protocolo de Las Leñas, de 27 de junho de 1992.

O Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, embora posterior ao Protocolo de Las Leñas, foi promulgado no Brasil em data anterior daquele, por meio do Decreto 2.626, de 15 de junho de 1998, e não proporciona meios adequados para solucionar transferências ilícitas de menores, pois seu Artigo 12 prevê que quando “a medida cautelar se referir à custódia de menores, o Juiz ou Tribunal do Estado requerido poderá limitar o alcance da medida exclusivamente ao seu território, à espera da decisão definitiva do Juiz ou Tribunal do processo principal”. Confere, portanto, ampla discricionariedade ao magistrado do Estado requerido.

O Protocolo de Las Leñas é genérico no que concerne ao conteúdo da medida requerida por meio de carta rogatória, e pode ser invocado, em tese, para a concessão de *exequatur* a carta rogatória que contenha pedido de retorno de menor ilicitamente transferido de um Estado para outro do Mercosul. A matéria já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na Carta Rogatória 8240, da Argentina, quando o STF decidiu pela execução da busca e apreensão de menor ali solicitada (DOLINGER, 2003, p. 319-320).

De qualquer modo, nem o Protocolo de Medidas Cautelares nem o Protocolo de Las Leñas proporcionam solução com a celeridade e segurança desejáveis para o problema das transferências ilícitas de crianças nos Estados do Mercosul, razão pela qual os Estados, quando provocados, têm adotado outras vias de solução.

O Estado brasileiro também é signatário da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, mas esta proíbe expressamente em seu artigo 3º o deferimento de *exequatur* a pedidos de medidas coativas, razão pela qual seu texto não se presta aos pedidos referentes ao retorno de crianças ilicitamente transferidas a qualquer dos Estados partes.

A Convenção sobre Seqüestro e a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores (Convenção de Restituição) são os textos especificamente dirigidos à restituição de crianças ilicitamente transferidas aos quais o Estado brasileiro aderiu. Ambos foram integrados ao ordenamento jurídico brasileiro, e também aos ordenamentos dos demais Estados do Mercosul, razão pela qual podem ser imediatamente invocados pelos Estados Partes sempre que uma transferência ilícita tenha ocorrido.

A Convenção de Restituição, de 1989, é bastante semelhante à Convenção sobre Seqüestro, mas somente tem aplicação nas relações entre os Estados das Américas que a ela aderiram, atualmente em número de 11 (onze). O texto também prevê que os Estados instituirão autoridades centrais que facilitarão a cooperação internacional. O texto da Convenção de Restituição estabelece que esta terá preferência para reger a restituição de crianças quando os Estados forem simultaneamente signatários dela e da Convenção sobre Seqüestro. O Brasil, entretanto, não designou autoridade central para a Convenção de Restituição, o que evidencia uma preferência pela Convenção sobre Seqüestro, de maior alcance e maior respeitabilidade internacional.

A Convenção sobre Seqüestro é, pode-se dizer, o texto internacional escolhido pelo Estado brasileiro para o encaminhamento das questões que envolvam a transferência ilícita de crianças do Brasil para o exterior e em sentido contrário. É para atender às obrigações impostas pela Convenção sobre Seqüestro que o Brasil encontra-se mais bem aparelhado, e é com fundamento nas obrigações previstas nessa Convenção que o Estado brasileiro mais tem atuado, em juízo e fora dele, em casos que envolvem a transferência ilícita de crianças.

4.4.2 O Brasil como Estado Requerente na Convenção sobre Seqüestro

A sistemática de funcionamento da cooperação disciplinada na Convenção sobre Seqüestro tem sido definida pelo comportamento adotado pelos Estados ao longo do tempo, e as informações aqui apresentadas foram coletadas junto à Secretaria Especial dos Direitos

Humanos, Autoridade Central Administrativa Federal brasileira para a Convenção sobre Seqüestro.

A cooperação prevista pode dar-se diretamente entre pessoa interessada e Estado requerido ou indiretamente com intervenção do Estado de onde a criança tenha sido irregularmente transferida. Ao Estado brasileiro como requerente somente interessam os pedidos que lhe tenham sido endereçados para remessa a outras autoridades centrais, ou seja, atuação pela via indireta. Tendo recebido o pedido do interessado, a ACAF remete diretamente à autoridade central do Estado requerido, sem intermediação diplomática, e aguarda comunicação de concordância ou negativa de cooperação.

A sistemática de funcionamento da Convenção impõe a adoção de singular procedimento de solicitação e de deferimento de cooperação.

Somente os Estados que tenham reconhecido o Brasil como aderente à Convenção estarão juridicamente obrigados a prestar a cooperação ali disciplinada, e somente estes poderão requerer cooperação do Estado brasileiro. Assim, em tese, a ACAF deveria receber e remeter requerimentos de cooperação apenas aos Estados que tivessem reconhecido o Brasil. Não obstante, a prática tipicamente realista da cooperação internacional leva o Brasil a requerer cooperação de todo e qualquer Estado Contratante, tenha havido ou não aceitação formal da adesão brasileira. Até o início de março de 2005, o Brasil havia sido aceito por 48 dos 75 Estados Contratantes da Convenção sobre Seqüestro, conforme divulgado pelo sítio de Internet da Conferência da Haia.

Em 2003, por exemplo, foi requerida a cooperação da França e da Bélgica para a solução de dois casos de crianças que tinham residência habitual no Brasil e foram ilicitamente transferidas para aqueles países. O Estado brasileiro recebeu como resposta a informação de que a cooperação não poderia ser prestada por não ter havido a aceitação da adesão brasileira. Ou seja, França e Bélgica não se dispuseram a aceitar o Brasil como

parceiro na Convenção até o momento. É de se supor que o Brasil, caso venha a ser demandado por esses países ou por pessoas que requeiram restituição de crianças com fundamento na residência habitual nesses países, tampouco dê curso à cooperação prevista na Convenção.

Aceito o pedido de cooperação pelo Estado requerido, a ACAF manterá acompanhamento da evolução do caso e do atendimento dos prazos previstos na Convenção, bem como custeará, em nome do Estado brasileiro, uma eventual transferência de criança para o Brasil caso a cooperação tenha esse objetivo e alcance o solicitado. Esse acompanhamento é realizado pela ACAF em contato direto com as autoridades centrais dos demais Estados Contratantes, sem a intermediação diplomática exigida pelas formas clássicas de cooperação judiciária internacional.

Embora essa comunicação direta entre autoridades centrais proporcione a desejável celeridade nos procedimentos que envolvem direitos da criança, um desagradável efeito pode ser o de colocar em contato agentes públicos de formações culturais muito diferentes, e que não se encontram preparados para o contato internacional, o que não ocorreria no caso de cooperação realizada com intermediação de agentes diplomáticos²².

Face aos Estados das Américas que estejam simultaneamente vinculados à Convenção sobre Seqüestro e à Convenção de Restituição, a ACAF adota comportamento pragmático. A preferência é para o requerimento e atuação nos termos da Convenção sobre Seqüestro, pois somente para esta o Estado brasileiro atribuiu formalmente competência à ACAF. Não obstante, se o Estado requerido não houver reconhecido o Brasil perante a Convenção sobre Seqüestro, mas houver ratificado a Convenção de Restituição, que não prevê reconhecimentos recíprocos, o requerimento brasileiro será encaminhado pela ACAF ao Estado requerido com

fundamento na Convenção de Restituição, ainda que a ACAF não tenha sido instituída como autoridade central para esta. Assim já ocorreu, por exemplo, com a cooperação requerida pela ACAF ao Paraguai, que integra as duas Convenções e ainda não reconheceu o Brasil no âmbito da Convenção sobre Seqüestro.

4.4.3 O Brasil como Estado Requerido na Convenção sobre Seqüestro

Segundo o contido no Artigo 8º da Convenção sobre Seqüestro, a atuação de um Contratante como Estado requerido pode, em princípio, ser deflagrada por um pedido de restituição de criança realizado diretamente pelo interessado ou por uma autoridade central de Estado Contratante. O Estado brasileiro, entretanto, tem atuado exclusivamente quando o pedido lhe é encaminhado por uma autoridade central. Este é também o comportamento da maioria dos Estados vinculados pela Convenção da Haia, e está em acordo com a melhor interpretação contida no Guia divulgado pela Conferência da Haia (HAGUE, 2003). É, ademais, uma forma de atribuir peso à sistemática de aceitação recíproca entre os Estados.

O Brasil, em duas oportunidades, declarou em bloco a aceitação da adesão de Estados que aderiram à Convenção sobre Seqüestro após a adesão brasileira: em 29 de 2002, foram aceitas as adesões de El Salvador, Estônia, Guatemala, Lituânia, Nicarágua, Peru, Sri Lanka e Trinidad Tobago; em 4 de fevereiro de 2004, foram aceitas as adesões de Bulgária, Lituânia, Malta, Tailândia e Uruguai, como se pode conferir no sítio de Internet da Conferência da Haia.

A exigência da anterioridade dos fatos à adesão brasileira e à aceitação da adesão pelo Estado requerente não tem sido observada pela ACAF quando o Brasil atua como Estado requerido²³. A título de exemplo, no primeiro semestre de 2004, a Grécia, que ainda não havia

²² O desconforto causado por alguns desses contatos diretos, sobretudo daqueles oriundos de Estados de formação cultural muito diferente da brasileira foi verbalmente registrado por servidor da ACAF em entrevista realizada no curso desta pesquisa. O fato, entretanto, não impediu a segura e serena cooperação brasileira.

²³ Este é o entendimento declarado por servidores da ACAF, e também o que se depreende das ações judiciais solicitadas pela ACAF, conforme poderá ser conferido mais adiante no texto.

aceito a adesão brasileira, pediu cooperação para restituição de uma criança e teve a cooperação negada face à inexistência de aceitação da adesão brasileira. Tão logo notificada do fundamento para a negativa de cooperação, o Estado grego providenciou a aceitação do Brasil, que entrou em vigor em 1º de julho de 2004, e com essa adesão o Brasil deu seguimento à cooperação, sem argüir impossibilidade de fazer retroagir a aceitação para alcançar fato ocorrido antes dessa aceitação.

O comportamento do Estado alemão foi diametralmente oposto ao brasileiro em um caso em que o Brasil requereu a cooperação alemã. A Alemanha, que ao tempo do pedido de cooperação já havia aceitado a adesão brasileira, negou a cooperação sob o fundamento de que a alegada transferência ilícita ocorrera antes da aceitação da adesão brasileira pela Alemanha. Ou seja, a autoridade central alemã entendeu impossível fazer retroagir a eficácia da adesão e aceitação para alcançar transferências anteriores a tais eventos.

Esse comportamento dos órgãos do Estado brasileiro, que parece estar em conflito com o princípio da anterioridade da lei que autoriza a restituição, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, e que têm sede constitucional, representa a adoção de solução semelhante à empregada nos casos de extradição. De fato, essa objeção muito se assemelha àquelas levantadas no curso de processos de extradição, em que o fato delituoso antecedeu a vigência do tratado ou do acordo de reciprocidade que fundamenta o pedido formulado pelo Estado estrangeiro. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “alegação, evidentemente, não procede, pois o Tratado de Extradição, desde o momento em que dá a reciprocidade, se aplica de imediato, independentemente de o fato invocado para a extradição ser anterior a ele” (EXT 759-9 Rep. Italiana).

A objeção referente à ilicitude da conduta perante a lei brasileira ao tempo dos fatos que fundamentam o pedido de extradição tem solução diferente. Neste caso, o STF tem

decidido ser incabível a extradição se ao tempo dos fatos a lei brasileira não considerava a conduta delituosa (EXT 738/SI – Suíça).

Ocorre, entretanto, que a conduta de transferir criança com violação de direito de guarda é conduta típica, art. 249 do CP, salvo se o autor for detentor de direito de guarda conjunta (MIRABETE, 1997).

Se atípica a conduta, tendo sido o ilícito civil de transferência internacional com violação de guarda - ensejador da ordem de restituição com declinação de jurisdição em favor da jurisdição estrangeira - inserido no ordenamento brasileiro com a Convenção sobre Seqüestro, as condutas praticadas por detentores de guarda antes da vigência e eficácia da Convenção entre requerente e requerido não deveriam, creio, ser alcançadas pelas ordens de restituição fundadas na Convenção sobre Seqüestro.

Tampouco deverá haver cooperação se não houver a aceitação da adesão pelo Estado estrangeiro, pois o texto da Convenção sobre Seqüestro limita a eficácia do compromisso ali estabelecido a momento posterior à aceitação da adesão manifestada pelo Estado Contratante interessado na cooperação. Cada aceitação torna a Convenção eficaz entre o Estado aderente e o Estado aceitante.

Antes dessa formalidade, não há que se falar em texto normativo internacional compelindo um Estado a declinar sua jurisdição em favor da de outro Estado. E este não é um direito disponível pelo Estado, pois tal disposição significaria violar direito fundamental do administrado.

Ademais, a ocorrência dessa peculiar condição para a aplicação da Convenção sobre Seqüestro aos casos concretos deve ser observada por todos os órgãos do Estado brasileiro, tanto pelos órgãos administrativos quanto pelos órgãos judiciários, em qualquer situação.

4.5 A Ação Administrativa da União

Não há textos publicados sobre a atuação prática do Estado brasileiro na matéria. Assim, as informações sobre a atuação ACAF, SEDH da Presidência da República, foram obtidas diretamente em entrevista com servidores da ACAF realizadas nos primeiros meses de 2005.

Criada em outubro de 2001, a ACAF organizou-se ao longo de 2002, período em que recebeu e originou os primeiros pedidos de cooperação internacional com fundamento na Convenção sobre Seqüestro, e desde então mantém registro dos casos encerrados a cada ano e daqueles que se encontram pendentes de solução. Os números e as informações sobre os casos encerrados a cada ano a partir de 2002, bem como comentários sobre questões específicas de cada caso proporcionarão uma visão geral e igualmente detalhada da atuação da ACAF nos casos sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças.

Segundo dados fornecidos pela ACAF, nas cooperações destinadas a assegurar recuperação de guarda (restituição da criança) ou exercício de direito de visita o Brasil deu por encerrados 3 casos em 2002, 18 casos em 2003, 21 casos em 2004 e 4 casos até o mês de março de 2005. Desses, em 29 casos o Brasil atuou como Estado requerido, e em 17 casos atuou como Estado requerente. Em 2005, mantêm-se pendentes de solução 7 casos em que o Estado brasileiro atua como requerente e 46 casos em que o País é requerido na cooperação. Esses números, que indicam a existência de maior número de requerimentos recebidos do que de originados pelo Brasil, parecem indicar maior morosidade na produção de resposta definitiva pelo Estado brasileiro.

4.6 A Convenção sobre Seqüestro em Juízo

A experiência judicial brasileira com a Convenção sobre Seqüestro é muito recente.

Por meio da jurisdição, o Estado proporciona a atuação da vontade do direito objetivo de forma imparcial ante o caso concreto, solucionando a lide. “A jurisdição é uma só, ela não

é nem federal nem estadual: como aspecto da própria soberania, ela é eminentemente nacional e não comporta divisões” (CINTRA; DINAMARCO;GRINOVER, 1976, p. 131).

Todavia, a Constituição, e a partir desta a lei, distribui a jurisdição pelos órgãos estatais internos para que estes a exerçam dentro de limites previamente determinados, e essa “quantidade de jurisdição atribuída em exercício a cada órgão ou grupo de órgãos” é denominada competência (CINTRA; DINAMARCO;GRINOVER, 1976, p. 195).

A divisão interna da competência é tema que não interessa aos Estados que se relacionam por meio de tratados com o Estado brasileiro. Na presença de compromisso internacional de dar curso e proporcionar meios de solução para as controvérsias de interesse privado que ostentem elementos de conexão internacional, caberá ao Estado brasileiro atender ao compromisso por uma das vias jurisdicionais postas em funcionamento no território nacional.

Ao dividir a jurisdição pelos órgãos judiciais nacionais, o texto constitucional brasileiro em vigor criou cinco tipos de “justiças”, sendo quatro federais e o quinto formado pelas justiças estaduais. Das quatro justiças federais em sentido lato, três são especiais – militar, eleitoral e do trabalho – e uma é comum, a Justiça Federal, também denominada justiça da União.

No que interessa a este texto, nos termos do Artigo 109 da Constituição, inciso I, compete à Justiça Federal o julgamento das causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. E também as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, conforme disposto no inciso III do mesmo artigo.

É da competência da Justiça Federal, portanto, o julgamento das causas propostas pela União com o objetivo de fazer valer o compromisso internacional assumido por meio da Convenção sobre Seqüestro. E será igualmente da Justiça Federal a competência para o julgamento das causas que os entes privados propuserem com fundamento na Convenção sobre Seqüestro, uma vez que esta é um tratado firmado pelos órgãos da União em nome do Estado brasileiro.

A União não foi a primeira pessoa a provocar a jurisdição com fundamento na Convenção sobre Seqüestro no Brasil. O primeiro caso de que se tem registro foi decidido em 23 de junho de 2001, pela Justiça Federal em Santos, São Paulo, no qual foi proferida a primeira sentença com fundamento na Convenção sobre Seqüestro, tendo sido julgado procedente o pedido para expedição de mandado e realização de imediata busca e apreensão da criança para ser entregue ao pai para retorno a sua residência habitual na Suécia. Não estando disponível o pai, a decisão determinou a entrega à Consulesa Geral da Suécia em São Paulo, com a mesma finalidade, conforme requerido na inicial (RETORNO, 2001).

No que concerne ao recurso ao poder judiciário nacional, a cooperação proporcionada pelo Estado em obediência ao compromisso internacional assumido por meio da adesão à Convenção sobre Seqüestro é basicamente de dois tipos: obtenção de ordem de restituição da criança em razão de transferência ou retenção ilícita com violação de direito de guarda; promoção de acesso à criança em razão de violação de direito de visita.

O pedido de restituição de criança não se confunde com o pedido de garantia de visita. O primeiro está previsto na alínea “a” do Artigo 1º, enquanto o segundo está previsto na alínea “b” do mesmo artigo. Uma transferência ou retenção ilícita autorizadora de emissão de ordem de restituição ocorre quando há violação ao direito de guarda, e a violação ao direito de visita não assegura a emissão de tal ordem, pois a restituição não é o remédio prescrito pela Convenção sobre Seqüestro para a violação ao direito de visita (SILBERMAN, 2000, p. 225).

Com base no Artigo 1º, a violação do direito de guarda fundamenta uma ordem de restituição, e esta ordem deverá ser concedida liminarmente se o tempo decorrido desde a transferência ou retenção ilícita for inferior a um ano²⁴. O Artigo 21, que cuida da violação ao direito de visita, não autoriza ordem de restituição, apenas determina que os requerentes obterão a cooperação das autoridades centrais para ação judicial que vise a assegurar o exercício efetivo do direito de visita.

Uma situação pouco explorada na doutrina e sem solução uniforme na jurisprudência comparada é a dos direitos de visita que se confundem em alguns momentos com direito de guarda. Em algumas situações, o titular do direito de visita, embora não detentor da guarda da criança, era igualmente titular, segundo acordo ou decisão judicial, do direito de decidir o local de residência da criança, direito esse violado juntamente com o de visita pela transferência unilateral da residência da criança (SILBERMAN, 2000, p. 227).

Em outras situações, o direito de visita envolveria, conforme autorizado pela Convenção sobre Seqüestro (Artigo 5º, “b”), a transferência temporária da criança para outro Estado. É evidente que esses casos tornam a formulação dos pedidos e as decisões judiciais sobre eles mais complexas, e colocam em relevo a necessidade de plena confiança do poder judiciário local naquele do Estado rumo ao qual a criança viajará.

É segundo um limitado cardápio que o Estado brasileiro, por seus órgãos federais, ACAF e AGU, tem proporcionado cooperação judiciária internacional até o momento, qual seja para obtenção de restituição de crianças ilicitamente transferidas ou retidas com violação de guarda em sentido estrito e organização e exercício de direito de visitas em nosso País.

As principais questões emergentes desse e de outros casos de aplicação da Convenção no Brasil e no exterior serão discutidos no próximo capítulo.

²⁴ A associação entre esse prazo e aquele exigido pelas legislações nacionais para a configuração da posse mansa e pacífica das coisas é inevitável.

CAPÍTULO 5

5. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE SEQÜESTRO NO BRASIL E NO EXTERIOR

A Convenção sobre Seqüestro é um texto normativo novo no ordenamento jurídico brasileiro. Siehr (2000, p.207) afirma que a experiência ensina que instrumentos internacionais novos não são imediatamente aplicados pelos magistrados porque permanecem desconhecidos durante algum tempo, tanto dos interessados quanto dos juízes, até que sejam acordados “by a kiss of some good fairy”, e que em regra há um período de três a cinco anos de tolerância para que comecem a ser aplicados e se possa obter um juízo dessa aplicação.

A promulgação do texto no Brasil deu-se em 14 de abril de 2000, e a ACAF foi instituída em 4 de outubro de 2001. Também em 2001 foi proferida a primeira decisão judicial com fundamento no texto da Convenção sobre Seqüestro, e em abril de 2003 foi proposta a primeira ação pela AGU em nome da União.

Assim, passados pouco mais de três anos, o Estado brasileiro encontra-se justamente no ponto considerado por Siehr como adequado a uma primeira análise da compreensão que as autoridades, os advogados e os juízes têm do texto da Convenção.

A base de dados INCADAT, da Conferência da Haia, e a base de dados da Seattle University, duas boas bases de dados sobre casos decididos com fundamento na Convenção sobre Seqüestro não registram qualquer atuação do Estado brasileiro, seja como requerente seja como requerido.

Salvo a publicação referente ao primeiro caso decidido no Brasil pela Justiça Federal, cujas peculiaridades serão objeto do item 5.1 adiante, esta pesquisa não encontrou outras publicações com menções à aplicação da Convenção em nosso País ou no exterior em favor do nosso País.

5.1 O Primeiro Caso – Iniciativa Privada

O primeiro caso de aplicação da Convenção sobre Seqüestro no Brasil ocorreu perante a Seção Judiciária de Santos, Terceira Região da Justiça Federal²⁵. Segundo o relatório contido na sentença proferida, o pedido de restituição da criança foi formulado pelo pai, de nacionalidade sueca e residente na Suécia, em face da mãe da criança, brasileira e residente no Brasil, sob o argumento de que a criança, brasileira, havia sido transferida ilicitamente pela mãe para o Brasil com violação ao direito de guarda conjunta exercida por ambos os genitores na Suécia, país de residência habitual da criança antes da transferência. O pedido foi feito com fundamento na recém promulgada Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças.

A sentença foi proferida em julho de 2001 com fundamento nas disposições da Convenção sobre Seqüestro. Entendeu a magistrada que a Convenção fora validamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, que Brasil e Suécia eram partes contratantes, que ficara provada a transferência ilícita da criança e que ante tais fatos a Convenção autorizava a ordem de restituição da criança, o que foi determinado com a integral procedência do pedido.

Com o respeito que a decisão merece, e tendo por correta a transcrição realizada pelo veículo de imprensa que a divulgou, entendo serem cabíveis algumas considerações sobre esse caso inaugural da aplicação da Convenção sobre Seqüestro no Brasil.

Primeiramente, é de se registrar que, segundo divulgado pelo sítio de Internet da Conferência da Haia, ao tempo do pedido apresentado pelo pai da criança, e da sentença proferida, a Suécia, embora Estado Contratante, não havia ainda manifestado aceitação da adesão brasileira à Convenção sobre Seqüestro, o que somente ocorreu em 19 de junho de 2002, quase um ano após a emissão da sentença.

²⁵ O texto integral da sentença proferida encontra-se no Anexo.

Assim, face à peculiar sistemática de adesão, aceitação e eficácia recíproca da Convenção sobre Seqüestro, Brasil e Suécia ainda não eram titulares de direitos e obrigações um face ao outro, pois o compromisso ainda não fora estabelecido. Nesse caso, a jurisdição brasileira não estava obrigada internacionalmente a prestar respeito às disposições do texto convencional e declinar da jurisdição de família nos casos de crianças com residência habitual na Suécia violada por transferência ilícita. Também a ilicitude civil da conduta da mãe deixaria de existir, pois não mais alcançada pelas disposições da Convenção. E sendo a mãe detentora de guarda conjunta, o direito brasileiro afastaria a prática de ilícito civil decorrente de delito. Finalmente, muito estranha a emissão de comando como o contido na sentença, de entregar a criança ao pai ou, alternativamente, ao Cônsul da Suécia na cidade de São Paulo, pois em nenhum momento a Suécia manifestou interesse na lide, seja diretamente seja indiretamente por meio da Autoridade Central Administrativa Federal, a qual, diga-se, somente veio a ser criada em outubro de 2001, três meses após a emissão da sentença.

A consequência mais grave da inaplicabilidade da Convenção sobre Seqüestro para disciplinar pedido envolvendo residência habitual em Estado não aceitante da adesão brasileira, como o apresentado pelo pai da criança perante a Justiça Federal brasileira, entretanto, seria o reconhecimento da impossibilidade jurídica de julgamento do feito perante a Justiça Federal com fundamento em tratado ineficaz para a causa, embora formalmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 O Brasil como Estado Requerido

Desde sua instituição, em outubro de 2001, a ACAF tem sido provocada por diversos Estados que já aceitaram a adesão brasileira. Os primeiros pedidos de cooperação chegaram ao Brasil durante o ano de 2002, e a primeira ação judicial proposta pela AGU em nome da União foi protocolada em 29 de maio de 2003. Neste início de 2005, a ACAF acompanha 46

pedidos de cooperação, seja com a adoção de medidas na órbita exclusivamente administrativa seja com a adoção de medidas judiciais.

Este texto selecionou três casos enfrentados pela ACAF e pela AGU: o primeiro caso judicial proposto pela União; o primeiro caso de rejeição pela AGU em razão da ausência de pressupostos autorizadores da ação judicial e o primeiro caso de ação judicial proposta pela União em que a cooperação redundou em restituição da criança ao Estado de residência habitual.

5.2.1 O Primeiro Caso Judicial da União

A primeira ação proposta pela AGU perante a Justiça Federal com fundamento na Convenção sobre Seqüestro foi protocolada no dia 29 de maio de 2003 perante a Seção Judiciária de Goiás do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, e ainda não teve decisão definitiva.

A cooperação foi requerida pela Argentina em favor da mãe de uma criança nascida na Argentina, filha de mãe argentina e pai brasileiro, trazida para o Brasil em 9 de fevereiro de 2002 pelo pai após briga conjugal naquele país. No momento dos fatos, o Estado requerente já havia aceitado formalmente a adesão brasileira (a Argentina aceitou a adesão brasileira no início de 2000), estando a Convenção em vigor e plenamente eficaz entre os Estados.

A transferência ilícita encontrava-se provada nos autos, até mesmo por declaração voluntária do pai da criança perante autoridade policial brasileira, uma vez que ao chegar ao estado de Goiás o pai dera ciência da chegada ao Brasil e das razões pelas quais deixara a Argentina. Estando presentes os pressupostos para a ação, a União, por meio da AGU, protocolou a petição inicial com o pedido de restituição da criança à Argentina, Estado de residência habitual. Ouvido em 4 de junho de 2003, o Ministério Público Federal concordou integralmente com o pedido da União. Em 13 de junho, o juízo de primeiro grau negou a

antecipação de tutela que a União requerera e determinou a citação do pai da criança. Dessa decisão a União interpôs agravo de instrumento para obtenção de efeito suspensivo ativo.

Citado para apresentar defesa, o pai apresentou Contestação por meio da Defensoria Pública da União, e alegou: ausência de interesse da União, por haver autorização da mãe da menor para a viagem; litispendência, por haver ação de posse e guarda proposta pelo pai em Goiânia em 18/10/2002; no mérito, risco para a criança caso determinado o retorno, pois a mãe seria pessoa de maus hábitos.

Em 22 de julho de 2003, foi apresentada a réplica da União à contestação e requerida a comunicação ao juízo estadual da propositura da ação perante a Justiça Federal, de modo a ser suspensa a ação de guarda perante a Justiça Estadual enquanto não julgada a ação de restituição da menor. A providência requerida pela União foi realizada por meio de Ofício da Vara Federal de Goiânia ao juízo de família na mesma cidade para que fossem tomadas as providências que o juízo entendesse pertinentes quanto ao processo sob sua jurisdição.

Em 4 de setembro de 2003, a relatora do Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF 1), deferiu efeito suspensivo ativo ao agravo, tornando possível a imediata restituição da criança. Dessa concessão liminar, o pai da criança, representado judicialmente pela Defensoria Pública da União, interpôs mandado de segurança para cassar a antecipação de tutela deferida, restando sustada liminarmente a ordem de busca, apreensão e repatriação. No julgamento do mérito, o mandado de segurança foi concedido ao argumento de haver prova nos autos de que a criança se encontrava bem integrada no lar do pai e de haver nos autos folha de antecedentes criminais da mãe da criança, o que indicava que o superior interesse da criança seria mais bem atendido com sua manutenção no Brasil enquanto decidida a ação no primeiro grau de jurisdição federal brasileira.

Os desdobramentos do caso proporcionam uma interessante avaliação comparativa da eficácia dos instrumentos clássicos de cooperação internacional, como a carta rogatória, e a

cooperação proporcionada pela Convenção sobre Seqüestro. Isto porque a Argentina, por meio da Carta Rogatória nº CR-10621, distribuída no STF em 6 de janeiro de 2003, igualmente requirera “AVERIGUAÇÕES NO ENDEREÇO MENCIONADO NA CIDADE DE GOIÂNIA - GO, VISANDO ESCLARECER O PARADEIRO DO INTERESSADO E DA MENOR _____, BEM COMO OBTER INTERVENÇÃO NA LINHA TELEFÔNICA MENCIONADA NO TEXTO ROGATÓRIO, VISANDO OBTER AS INFORMAÇÕES SOLICITADAS”.

O uso dúplice das vias de cooperação pela Argentina dá provas claras das vantagens da cooperação proporcionada pela Convenção sobre Seqüestro quando comparada com a clássica cooperação por meio de cartas rogatórias. O pedido de meras informações distribuído no STF em janeiro de 2003, ou seja, três meses antes de a petição inicial de restituição da AGU ser distribuída no juízo federal de primeiro grau, teve o *exequatur* deferido e os autos devolvidos ao Ministério da Justiça em 28 de novembro de 2003, para remessa ao Ministério das Relações Exteriores e envio por meio diplomático ao Estado rogante (com a chegada das informações ao interessado após mais alguns dias). Ora, nessa data, a questão central de restituição da criança já havia sido discutida extensamente em primeiro e segundo graus da jurisdição federal, e, não tivesse ocorrido a suspensão da antecipação de tutela deferida em grau de recurso, a criança já poderia estar há alguns meses no Estado argentino, bem antes da remessa das informações sobre o endereço da criança no Brasil ter sido realizada pela via da carta rogatória. Sob o regime da Convenção sob Seqüestro, essa comunicação entre Estados faz-se diretamente entre autoridades centrais, por meio de telefone, fax, e-mail ou qualquer outra forma expedita de troca de informações.

Dando continuidade ao caso, em 16 de janeiro de 2004, o Juízo Federal requereu à SEDH e à Interpol levantamento de antecedentes criminais da mãe da criança na Argentina. A informação foi prestada em 28 de janeiro à SEDH pela autoridade central Argentina, que

enviou documento atestando não haver antecedentes penais registrados sobre a pessoa indicada na consulta (o Brasil, portanto, adotou procedimento diferente daquele empregado pelo Estado argentino, que requerera informação sobre a localização do pai da criança por meio de carta rogatória). Supreendentemente, a Interpol Argentina, igualmente requerida, forneceu informações conflitantes com aquelas produzidas pela autoridade central argentina e encaminhou à congênere brasileira a lista (positiva) de antecedentes criminais da mãe da criança.

Ante as informações sobre antecedentes criminais fornecidas pela INTERPOL e requerimento de esclarecimentos remetido pelo Estado brasileiro, a Autoridade Central Argentina informou que os antecedentes indicados pela INTERPOL “surgen del prontuario de la Policia Federal, no obstante aclararon que a la fecha la Sra. _____, no tiene ningún tipo de restricción a su libertad, ni es buscada por la justicia argentina. (antecedentes penales de 10). O mesmo expediente acrescenta que “Atento el tiempo transcurrido, el juzgado debería expedirse en forma urgente sobre la cuestión de la restitución, y dejar las cuestiones de tenencia o guarda para que las resuelva el Juez de la residencia habitual en Argentina”.

Ante as informações presentes nos autos, em 12 de junho de 2004, o MPF, para proteger o superior interesse da criança, conforme previsto no Artigo 12 da Convenção sobre Seqüestro, propôs maiores diligências sobre a situação familiar na Argentina antes de ser decidido o pedido da AGU de emissão de ordem de restituição. No dia 26 do mesmo mês, a Autoridade Central argentina propôs viagem da mãe ao Brasil para visitar a criança.

Antes, em 16 de fevereiro de 2004, a Embaixada da Argentina encaminhara ao Estado brasileiro o pedido de extradição do pai da criança pelo crime de subtração de menor. É desdobramento com potencial para representar obstáculo novo ao atendimento da ordem de restituição da criança, pois a experiência internacional com a Convenção sobre Seqüestro evidencia que um dos objetivos da Convenção é o de assegurar que as questões de fundo

sobre guarda e visita sejam dirimidas no jurisdição natural para o caso, que é a de residência habitual da criança. Ora, esse objetivo está evidentemente informado pela presunção de que no juízo de residência habitual as partes terão livre acesso ao poder judiciário local para discutir a questão de fundo, presunção que fica seriamente abalada se houver o risco de o responsável pelo seqüestro ser preso ao ingressar no Estado requerente ou se mantiver como foragido da justiça desse Estado (INCADAT, 2005).

O caso exemplifica a complexidade processual que os casos da espécie podem atingir, bem como as dificuldades que pessoas residentes no exterior podem enfrentar para obter provimento judicial favorável perante a jurisdição brasileira sem amparo de assessoria jurídica adequada.

5.2.2 A Negativa de Cooperação da União

Um dos primeiros requerimentos de intervenção judicial da União para restituição de criança com fundamento na Convenção sobre Seqüestro foi encaminhado pela ACAF à AGU em 12 de fevereiro de 2003, para atendimento de pedido de cooperação oriundo da Autoridade Central da Espanha. O Estado requerente havia aceitado a adesão brasileira em 6 de fevereiro de 2001, tendo a Convenção entrado em vigor para os Estados em 1º de maio do mesmo ano.

O relato encaminhado pela Autoridade Central espanhola dava conta de que a criança, nascida no Brasil, vivia com a mãe, brasileira, na cidade de Barcelona, e a guarda e a custódia eram compartilhadas entre os genitores segundo a legislação da Espanha. A criança foi trazida para o Brasil por sua mãe em outubro de 2001. O regime de visitas estabelecido pela justiça espanhola foi interrompido com a vinda do menor para o Brasil, ficando o pai impedido de ter contato com o filho. Posteriormente, um tribunal da Espanha emitiu ordem de entrega do menor ao seu genitor, mas não foi possível notificar a mãe por esta já não se encontrar em seu domicílio habitual. A custódia do menor foi então outorgada ao pai pela Vara de Família de

Primeira Instância de Barcelona, em 21 de março de 2002. Em setembro de 2002, o pai deu entrada no pedido perante a Autoridade Central espanhola, que o remeteu à ACAF em 14 de outubro de 2002.

A AGU identificou que o requerimento de cooperação e os documentos não haviam sido traduzidos para o português, e a ACAF foi alertada sobre a necessidade de fazê-lo para que os documentos fossem acolhidos como provas perante o Poder Judiciário brasileiro. De qualquer sorte, a cooperação teve curso.

Adicionalmente, a análise preliminar da AGU identificou:

- a) presença de acordo extrajudicial firmado pelos genitores da criança com autorização da transferência da residência da mãe e da criança para o Brasil e direito de visita conferido ao pai, a ser exercido na Espanha;
- b) a decisão judicial que transferiu a guarda da criança para o pai fora proferida quando a mãe e o menor já se encontravam no Brasil;
- c) embora o pai afirmasse que a mãe não fora citada para a ação de guarda por não ter sido encontrada no Brasil, não havia prova nos autos de emissão de carta rogatória de citação, e a mãe e a criança haviam sido encontradas no Brasil no endereço indicado pelo pai à Autoridade Central espanhola.

Assim a AGU oficiou à Autoridade Central brasileira sobre a inexistência dos pressupostos para a cooperação internacional solicitada, uma vez que a residência habitual da criança havia sido transferida para o Brasil sob comum acordo dos pais, ficando a jurisdição brasileira como a única competente para a decisão das questões sobre guarda e visita após a mudança da residência habitual para o Brasil, conforme disposto no Artigo 16 da Convenção sobre Seqüestro.

Novos documentos foram juntados pela Autoridade Central espanhola e reiterado o pedido de cooperação para a restituição da criança à Espanha. A análise dos novos documentos pela AGU indicou:

- a) a mãe propusera ação com o objetivo de modificar o acordo de visita um mês após instalar-se em nosso País;
- b) o pai fora validamente citado para manifestar-se na ação em curso no Brasil, constituíra advogado e, ante decisão liminar desfavorável, obtivera sucesso em agravo de instrumento interposto para fazer valer o direito de visita antes pactuado;
- c) no caso, existindo decisão judicial brasileira, da Justiça Estadual, com ordem favorável ao pai, de cumprimento de acordo de visita, não haveria interesse da União para propor ação com idêntico pedido, uma vez que eventual pedido de restituição da criança já ficara prejudicado face à licitude da transferência da residência habitual para o Brasil, novo Estado de residência habitual;
- d) a cooperação do Brasil, no caso, ficaria restrita à atividade policial da polícia judiciária para fazer valer a decisão judicial já proferida no Brasil em favor do interessado estrangeiro assegurando-lhe direitos de visita.

A discussão do caso com a Autoridade Central espanhola prolongou-se até meados de 2004, quando o pai da criança veio ao Brasil para ter acesso à criança no território nacional, conforme decisão proferida pela Justiça Estadual brasileira, a única competente para decidir questões de família quando ausentes os pressupostos de invocação da incidência da Convenção sobre Seqüestro.

5.2.3 A Primeira Restituição de Criança pela União

O primeiro caso de restituição de criança pelo Estado brasileiro ao exterior, deferido liminarmente pela Justiça Federal brasileira nos primeiros dias de janeiro de 2004, em atendimento a pedido da União, teve como Estado requerente os Estados Unidos da América.

O procedimento administrativo teve início com o recebimento de requerimento de cooperação protocolado em 4 de maio de 2003 pelo pai da criança por meio de advogados contratados no Brasil.

Em 7 de julho do mesmo ano, após haver localizado a mãe e a criança no Brasil, a ACAF requereu atuação judicial à AGU. Alertada pela AGU sobre a necessidade de ratificação da iniciativa pela autoridade central dos EUA (o Departamento de Estado daquele país), a ACAF oficiou à autoridade central dos EUA em 18 de setembro de 2003, que respondeu em 17 de outubro com a seguinte mensagem:

It has come to our attention that Mr. _____ has submitted an application to the Brazilian Government for the return of his son _____ to the United States under the Hague Convention of the Civil Aspects of International Child Abduction.

As you are aware , the United States has decided to accept Brazil's accession to the Hague Convention and we are currently awaiting notification from the Ministry of foreign Affairs of the Netherlands as of the date upon wich the treaty will go into effect between our countries.

Both of our countries recognize the benefits of the Convention and are committed to the principles it enunciates. In light of this development, the United States Central Authority requests that the appropriate Brazilian judicial authorities give all due consideration to Mr. _____ application consistent with applicable law. (grifo nosso).

Ou seja, os EUA afirmaram que a convenção ainda não estava em vigor entre o país e o Brasil, nem ao tempo dos fatos nem ao tempo da ação de cooperação já iniciada pela ACAF. Juntamente com a correspondência transcrita, foi anexada a cópia do termo de aceitação da adesão brasileira enviada pelos EUA ao Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, emitida em 25 de setembro de 2003, para vigorar entre as partes a partir de 1º de dezembro de 2003:

The Embassy of the United States of America presents its compliments to the Ministry of foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and has the honor to inform the Ministry that the United States accepts the accession of Brazil to the 1980 Hague Convention on civil Aspects of International Child Abduction. The Embassy of the United States of America takes this opportunity to renew to the Ministry of Foreign Affairs the assurances of its highest consideration.

Embassy of the United States of America,
The Hague, September 25, 2003.

Ante a notificação de que a aceitação já fora decidida e remetida pelos EUA para depósito e início próximo de vigência internacional do compromisso de cooperação, o Brasil

deu curso à cooperação. A petição inicial foi produzida pela AGU nos seguintes termos (suprimidas as identificações em resguardo do interesse das partes):

O menor, de nacionalidade brasileira, é filho de brasileira e norte-americano, sendo portador de documento de residência permanente nos Estados Unidos da América.

Conforme atestam as cópias dos documentos que formaram o processo administrativo, cujo curso se deu perante a Autoridade Central brasileira (Anexo II), o menor foi concebido nos Estados Unidos da América, mas, nasceu no Brasil, onde residiu até os dois anos de idade em companhia da mãe, a requerida.

Em março de 1997, a requerida e seu filho transferiram residência para os Estados Unidos da América, oportunidade em que, mediante acordo homologado pelo Poder Judiciário norte-americano, o menor foi reconhecido como filho pelo pai.

Na mesma ocasião foi fixada prestação alimentícia, devida pelo genitor, e a guarda da criança, a ser exercida de forma compartilhada pelos pais.

No mês de fevereiro do ano de 2000, todavia, a requerida, descumpriu os termos da mencionada composição judicial, uma vez que transferiu a residência da criança para o Brasil, de forma unilateral, sem a anuência do pai do menor.

Tal mudança foi considerada ilegal pelo Poder Judiciário norte-americano que, analisando o caso, exarou decisão via da qual outorgou a guarda da criança exclusivamente ao pai, suspendeu o pagamento da pensão alimentícia outrora fixada e ordenou a prisão preventiva da requerida, por desacato à autoridade.

O menor retornou aos Estado Unidos da América, em setembro de 2001, levado, espontaneamente, pela irmã da requerida, passando a viver sob a guarda exclusiva do pai.

A requerida, no entanto, mudou-se novamente para os Estados Unidos da América e iniciou disputa judicial pela guarda da criança sob o fundamento de que a Justiça brasileira havia lhe garantido esse direito, provisoriamente.

Os argumentos por ela expendidos não foram acolhidos pela Corte norte-americana que manteve o pai do menor como único detentor da guarda, garantido à mãe apenas o direito a visitas, desde que estas fossem realizadas na presença de assistentes sociais.

Tempos depois, a Justiça norte-americana houve por bem confirmar o exercício da guarda da criança pelo pai. No mesmo ato, foram retiradas as restrições impostas às visitas da requerida ao filho que, a partir daí, poderiam acontecer sem vigilância. **Ressaltou-se, porém, que nenhum dos pais poderia viajar com o menor para fora dos Estados Unidos sem que houvesse permissão escrita do outro, ou autorização do Tribunal.**

Ocorre que, em julho de 2002, a requerida novamente transferiu a criança para o Brasil sem o assentimento paterno, em flagrante ofensa ao que havia sido estabelecido pelo Poder Judiciário do País de residência habitual da criança.

Desde então a requerida tem retido a criança ilicitamente no território brasileiro e tem imposto obstáculos aos contatos que o pai tenta realizar com seu filho.

Por todos esses motivos, o pai da criança formulou requerimento à Autoridade Central brasileira visando fosse providenciada a devolução do seu filho, ao país de onde foi irregularmente retirado pela mãe.

Mais recentemente, tendo os Estados Unidos da América reconhecido a adesão do Brasil ao pacto internacional que rege o tema em questão, a Autoridade Central Norte-americana

ratificou o pleito formulado pelo pai da criança e solicitou o empenho da sua congênere brasileira na solução do caso (Anexo III).

À luz da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a situação gerada pela atitude da mãe da criança – aliada à deliberada intenção de impedir que o pai mantenha contato pessoal com o filho ou que discuta os direitos de guarda/visitas perante o juízo competente (o Poder Judiciário norte-americano) – mostra-se eivada de ilegalidade, merecendo reparo imediato.
[...]

Esse caso permite verificar que a União somente têm dado curso às demandas que lhe são endereçadas por Estados que tenham reconhecido a adesão brasileira, mas igualmente atesta que o Estado brasileiro tem proporcionado cooperação que alcança fatos anteriores à aceitação da adesão pelo Estado estrangeiro requerente. No caso, a transferência da criança para o Brasil ocorreu em julho de 2002, pouco mais de um ano antes de ter havido o reconhecimento da adesão brasileira pelos EUA. Naquela oportunidade, a Convenção sobre Sequestro, a ser interpretado com rigor os termos § 3º do Artigo 38, não se mostrava dotada de eficácia para reger o ato que posteriormente seria inquinado de ilícito e ensejador da ordem de restituição deferida em caráter liminar.

De fato, o juiz da causa deferiu a antecipação de tutela requerida em 16 de dezembro de 2003, alguns dias antes, portanto, de a Convenção sobre Sequestro ter-se tornado eficaz entre os Estados envolvidos.

Informada do deferimento do pedido de restituição e instada a indicar agente público para receber a criança, a autoridade central dos EUA respondeu com a seguinte mensagem:

The Office of Children's Issues, U.S Department of State, as the United States Central Authority, designates Consul Jeanne Maloney as its representative in matters relating to the return of U.S. citizen (a criança) to the United States.

Please be aware, however, that neither Ms. Maloney, the U.S. Central Authority, the U.S. Embassy, nor any other officer or agency of the United States Government is authorized to take legal or physical custody of (a criança). (grifo nosso).

Essa mensagem, conforme redigida, parece indicar que os EUA não assumiram compromisso internacional frente ao Brasil de receber a criança, mas indicaram que seu Cônsul no Brasil seria a pessoa adequada para tratar de interesses do nacional dos EUA em questão no Brasil, o

que, diga-se, é função ordinária da autoridade consular em qualquer país, com fundamento no Artigo 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Em 15 de janeiro de 2004, em execução da ordem judicial proferida, a criança foi retirada da posse da mãe e entregue, mediante Termo de Entrega de Menor, ao Cônsul dos EUA em Brasília, para ser imediatamente entregue ao pai, que viera ao Brasil. O teor do termo de entrega é transcrito adiante:

TERMO DE ENTREGA DE MENOR

Aos (dia, mês e anos), no Edifício sede da Secretaria Especial de Direitos Humanos, órgão federal designado, por meio do Decreto n.º 3.951/2001, ao exercício das atribuições de Autoridade Central para os fins descritos na Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto n.º 3.413/2000, neste ato representada pelo servidor público _____, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, procedeu à entrega do menor _____, apreendido por diligência determinada em decisão judicial proferida nos autos da Ação de Busca e Apreensão n.º _____ (___ Vara Federal/UF) proposta pela União em face de _____, com fundamento no supracitado tratado internacional, à Senhora _____, Cônsul da Embaixada dos Estados Unidos no Brasil, designada representante da Autoridade Central norte-americana, conforme comprova o documento anexo, para que essa, por sua vez, realize a entrega do referendo menor a _____, dando assim por cumprida a cooperação internacional estabelecida pela norma internalizada pela República Federativa Brasil. **A representante da Autoridade Central norte-americana, ciente da precariedade da decisão judicial que dá ensejo ao presente ato, compromete-se a restituir a criança à Autoridade Central brasileira na hipótese de sua suspensão, reforma ou cassação.**

Atestando a veracidade do que foi acima descrito, firmam o presente ato os representantes das Autoridades Centrais brasileira e norte-americana, assim como as demais pessoas que testemunharam o ocorrido (grifo nosso).

O teor do termo de entrega não deixa dúvidas acerca de estar o Estado brasileiro cumprindo um compromisso internacional perante autoridade estrangeira. Nesse caso, é compreensível que um representante da autoridade central estrangeira do Estado que já reconheceu a adesão brasileira se faça presente, uma vez que a Convenção sobre Seqüestro passou a ser eficaz entre esses Estados. Os EUA, entretanto, não pretenderam dar ao ato tal significado, como parece atestar a comunicação enviada pelo Departamento de Estado americano à ACAF.

Diferente seria a eventual presença do Cônsul da Suécia na entrega da criança restituída com fundamento na sentença proferida pela Justiça Federal em 2001, na cidade de Santos, comentada no item 5.1. Naquele caso, inexistente o compromisso entre o Estado

brasileiro e o Estado sueco, a participação de autoridade sueca na solenidade de entrega da criança não se daria em obediência a compromisso internacional da Suécia ou do Brasil, mas em razão das regulares atividades das autoridades consulares estrangeiras em território brasileiro, e seria difícil imaginar que dita autoridade assumisse algum compromisso referente ao caso em nome da Suécia perante o Estado brasileiro.

No caso ora analisado, a presença de um compromisso assumido pela autoridade central dos EUA expressamente no termo enseja alguns outros questionamentos. Primeiramente, sobre a natureza jurídica desse termo. No caso, tendo em vista o teor do termo de entrega, parece ter havido a assinatura de um compromisso entre Estados, um ato internacional, portanto. É cabível, assim, verificar se a autoridade central brasileira teria autorização legal para firmar compromisso internacional com Estado estrangeiro, e se o representante da autoridade central estrangeira teria poderes para comprometer a jurisdição do Estado representado com uma ordem de entrega reversa no caso de cassação da decisão brasileira antecipatória de tutela e autorizadora da transferência da criança.

É razoável concluir que o órgão indicado pelo tratado para realizar a cooperação tenha poder de firmar todos os compromissos previstos no tratado como incluídos no objeto da cooperação pactuada. A análise das cooperações realizadas no exterior, por outro lado, informa que o estabelecimento de compromissos diretos entre as partes envolvidas na controvérsia para a solução pacífica dos litígios é comum, embora não seja comum o compromisso de eventual devolução da criança firmado entre as autoridades centrais, pois com o efetivo retorno da criança, a matéria da guarda é devolvida à jurisdição do Estado de residência habitual, razão pela qual a eficácia de um compromisso de devolução assumido administrativamente pela autoridade central ficaria seriamente abalada.

A manifestação oficial dos EUA, quando da indicação do seu Cônsul no Brasil como a pessoa capaz de cuidar do caso, indica que a melhor solução para as incertezas da situação

seria o requerimento judicial de restituição da criança sem a inclusão de pedido de antecipação de tutela, pois o compromisso de devolução da criança caso a antecipação seja cassada é de duvidosa eficácia.

5.3 O Brasil como Estado Requerente

A atuação do Estado brasileiro como requerente é exclusivamente administrativa.

Informada de uma remoção ou retenção ilícita de criança, ou de um direito de visita violado, a ACAF comunica-se com sua congênere do Estado onde supostamente encontra-se a criança e fornece todas as informações necessárias à perfeita compreensão do caso e identificação e localização da criança. A ACAF (como órgão da União) não atua judicialmente no Estado estrangeiro, apenas dá início ao procedimento administrativo por meio do requerimento de cooperação e mantém-se informada dos desdobramentos do caso.

Se houver necessidade de recurso ao Poder Judiciário do Estado estrangeiro onde localizada a criança, esse procedimento deverá ser custeado pela autoridade central estrangeira (caso o Estado não tenha feito a reserva do Artigo 26) ou pelo próprio interessado.

Esta pesquisa não encontrou, em nosso País ou no exterior, publicação com referência à atuação do Brasil como Estado requerente. É relevante, portanto, comentar alguns casos em que o Estado brasileiro atuou nessa qualidade com fundamento na Convenção sobre Sequestro para restituição de crianças ilicitamente transferidas do Brasil para o exterior, o que é feito com base em informações proporcionadas durante entrevista com servidores da ACAF.

Em 2002, foram requeridas duas restituições de crianças. Uma dirigida à Argentina, que foi negada em razão de haver decisão judicial Argentina que deferira a guarda ao pai seqüestrador antes de enviado o pedido de cooperação. A autoridade central argentina utilizou-se, portanto, da faculdade prevista na parte final do Artigo 17 da Convenção sobre Sequestro. O outro requerimento, dirigido à Itália, foi igualmente rejeitado, pois ali ficara

provado, também em juízo e com decisão anterior ao pedido brasileiro, que o pai italiano seqüestrara a criança em reação a seqüestro anteriormente praticado pela mãe brasileira.

Das restituições requeridas pelo Brasil em 2003, 8 são consideradas casos encerrados com respostas definitivas remetidas ao Brasil pelos Estados requeridos e 1 não foi objeto de seguimento pela ACAF por referir-se ao Líbano, Estado não ratificante da Convenção sobre Seqüestro. Os 8 casos de cooperação requerida pelo Brasil foram:

- O Paraguai foi destinatário de um requerimento emitido com fundamento na Convenção Interamericana, pois o país, embora tenha aderido e internalizado a Convenção sobre Seqüestro, não aceitou a adesão brasileira, só estando obrigado a responder a requisições fundadas na Convenção Interamericana, que não requer aceitação das adesões dos demais Estados. O Paraguai retornou a criança em cumprimento à determinação judicial paraguaia em ação proposta pelo particular brasileiro interessado na restituição. A ACAF acompanhou o caso e ofereceu apoio à parte brasileira;
- Um requerimento foi dirigido a Portugal, que rejeitou a restituição em razão de a brasileira ter entrado legitimamente com a criança no país, embora o pedido tivesse por fundamento a retenção ilícita, e não a transferência ilícita. Foi entendido, no caso, que a residência havia sido lícitamente firmada naquele país, cabendo à jurisdição do país de residência a discussão do mérito da questão;
- A Alemanha foi destinatária de um requerimento, mas rejeitou a cooperação sob o fundamento de referir-se a fato anterior à aceitação da adesão brasileira pelo país, razão pela qual estaria impedida de cooperar face ao princípio da irretroatividade do texto internacional para alcançar condutas anteriores à vigência internacional do texto convencional entre requerente e requerido;

- Um requerimento foi dirigido à Hungria, que recusou a restituição mas cooperou para informar que a mãe da criança havia mudado a residência para a Suíça, razão pela qual o Brasil deixava de ser Estado de residência habitual interessado na restituição da criança;
- Dois requerimentos foram remetidos às autoridades centrais da Bélgica e da França, que igualmente rejeitaram a cooperação ao fundamento de não haver tratado em vigor com o Brasil, pois os requeridos, embora signatários e ratificantes da Convenção, não haviam aceitado a adesão brasileira;
- Um requerimento foi encaminhado à Itália, mas no curso dos procedimentos administrativos ali realizados foi firmado acordo entre as partes envolvidas no litício, o que gerou o encerramento do caso;
- Finalmente, um requerimento de restituição encaminhado à Argentina foi deferido em prazo curtíssimo – pedido em agosto de 2003 e restituição da criança em setembro de 2003 – após ação judicial patrocinada pelo Estado argentino.

Em 2004, 6 casos de cooperação requeridas pelo Brasil para restituição de crianças seqüestradas foram encerrados:

- Pedido encaminhado à Itália foi indeferido em razão de a justiça italiana considerar a criança já adaptada ao novo ambiente, tendo, portanto, passado a ter residência habitual na Itália, ficando impedida a cooperação para restituição;
- Dois pedidos foram encaminhados a Portugal, ambos referentes a mães brasileiras que mudaram-se para tentar a sorte no país e levaram os respectivos filhos, restando violada a guarda conjunta de que os pais eram titulares no Brasil. As ações foram iniciadas com o patrocínio do ministério público português, e as restituições das crianças foram realizadas;

- Um requerimento foi dirigido à autoridade central dos EUA. A questão foi levada a juízo por advogados privados em atuação *pro bono*. Tendo em vista a idade da criança, pouco mais de onze anos, foi realizada audiência para aferir a vontade da criança, momento em que esta manifestou a intenção de permanecer nos EUA, razão pela qual a cooperação para a restituição foi negada e solucionada a questão sob a forma de acordo de visitas, conforme autoriza o § 2º do Artigo 13 da Convenção;
- O Paraguai foi destinatário de um pedido de cooperação resolvido definitivamente em 2004 com a restituição das crianças envolvidas. É interessante observar que o Poder Judiciário brasileiro havia deferido medida de restituição que fora objeto de carta rogatória remetida ao Paraguai, e posteriormente a ACAF encaminhou o pedido de cooperação nos termos da Convenção Interamericana;
- O Canadá foi requerido em razão de pedido encaminhado à ACAF por canadense residente no Brasil, cuja esposa, brasileira, havia transferido a criança, uma menina, ilicitamente para o Canadá. A cooperação foi negada porque o pai passou a discutir a questão perante a justiça canadense, onde lhe foi deferida a guarda da criança.

5.4 A Experiência Estrangeira com a Convenção sobre Seqüestro - INCADAT

A experiência estrangeira com a Convenção sobre Seqüestro remonta à entrada em vigor desse compromisso internacional, mas são poucos os textos nacionais ou estrangeiros que abordam a matéria. A Conferência da Haia, entretanto, mantém cadastro – INCADAT – acessível via Internet, no qual podem ser encontrados resumos de decisões judiciais proferidas em muitos dos Estados Contratantes, o que proporciona uma avaliação comparada da interpretação e aplicação dos dispositivos convencionais que disciplinam a cooperação internacional pugnada pela Convenção sobre Seqüestro. São transcritas adiante algumas das decisões armazenadas no INCADAT consideradas especialmente relevantes por elucidarem a maneira como os Estados contratantes interpretam dispositivos importantes da Convenção:

Caso 1: Requerimento oriundo da autoridade central da Escócia, integrante do Reino Unido, dirigido à autoridade central do Canadá, ambos Estados partes da Conferência, signatários e ratificantes da Convenção sobre Seqüestro. O caso mostra-se relevante por evidenciar o rigor de alguns Estados Contratantes para, ante a presença dos requisitos autorizadores, determinar a imediata restituição da criança. Todavia, é igualmente esclarecedora a prática de requerer o estabelecimento de compromisso acessório que assegure ao magistrado a tranqüilidade necessária à emissão da ordem de restituição imediata:

Data da decisão: 20 de outubro de 1994

Estado requerente: Escócia

Estado requerido: Canadá

Status do caso: Encerrado

Artigos nos quais baseou-se a decisão: Artigo 3º

Decisão: Restituição ordenada

Fatos: A criança, um menino de oito meses na data da alegada remoção ilícita, morava na Escócia com ambos os pais desde o nascimento. Os pais separaram-se e mantiveram direitos de guarda conjunta. Em novembro de 1992, uma decisão judicial concedeu liminarmente direito de guarda exclusiva à mãe e direito de visita ao pai, tendo determinado que a criança fosse mantida na Escócia até que emitida decisão definitiva no processo. Em dezembro de 1992, a mãe viajou para o Canadá com a criança, e dois meses depois deu início a um pedido de guarda perante o justiça canadense. No mesmo dia, o pai obteve concedido o direito de guarda pela justiça da Escócia, e no dia 25 de fevereiro de 1993 o pai apresentou pedido de restituição da criança.

A justiça canadense decidiu que a transferência havia sido ilícita e ordenou a restituição da criança, mas para evitar remoção abrupta da criança, concedeu guarda provisória à mãe por quatro meses. A decisão foi modificada em sede de apelação para determinar a restituição imediata da criança.

A mãe apelou para a Suprema Corte do Canadá.

O apelo não foi acolhido por ter havido remoção ilícita da criança, sem que fosse aplicável qualquer exceção autorizadora de negativa de cooperação. Foi determinada a restituição imediata da criança, com adoção de compromissos (undertakings).

Fundamentos legais da decisão:

Objetivos da Convenção (Preâmbulo, Art 1 e 2): De acordo com o Artigo 12, se uma criança deve ser restituída, esse retorno deve ser imediato. O Estado onde localizada a criança não tem jurisdição para modificar a solução imposta pela Convenção.

Direitos de Guarda (Art 3): Ao tempo da transferência, o juízo escocês tinha jurisdição para determinar a guarda e o lugar de residência da criança, e, possuía direito de guarda conforme definido no Artigo 5 da Convenção. A remoção da criança realizada pela mãe ocorreu com violação desse direito de guarda, e foi ilícita face o teor do Artigo 3: Deve ser feita uma distinção entre uma ordem de não remoção em uma ordem provisória de guarda e em uma ordem definitiva de guarda. Evidentemente, uma ordem de não remoção em uma decisão definitiva de guarda poderia ter sérias implicações para o direito de ir e vir da criança e do titular da guarda.

Risco de dano para a Criança (Art 13(1)(b)): O risco de dano não precisa ter origem numa causa relacionada ao retorno da criança em direção à outra pessoa. Esse risco pode surgir a partir da remoção da criança daquele que tem a posse no momento. Se o dano for severo o suficiente para atender às exigências da Convenção, é irrelevante de onde ele vem. Entretanto, somente em raríssimos casos se poderia concluir que o afastamento da criança do novo ambiente e da pessoa que ilicitamente a transferiu para esse novo ambiente configuraria o tipo de dano previsto pela Convenção.

Compromissos (Undertakings):

O uso de compromissos facilita a emissão de ordem imediata de retorno prevista no Artigo 12. No caso, o pai concordou em não executar seus direitos de guarda obtidos após o seqüestro. E concordou também em não assumir a guarda imediata da criança enquanto a justiça da Escócia não permitisse essa guarda, e concordou em dar início imediato a uma ação de guarda plena perante a justiça escocesa.

(resumo e tradução nossos)

Caso 2: Cooperação requerida pela Alemanha em face da Inglaterra, ambos Estados Contratantes na qualidade de signatários e ratificantes da Convenção. Elemento fundamental para a decisão de restituição foi a criativa decisão preliminar sobre a existência de direito de guarda anterior à remoção, do qual, no caso, seriam titulares os avós da criança em razão de atenção dedicada à criança por intervalo de tempo suficiente à formação de uma guarda de fato:

Data da decisão: 5 de março de 1997

Estado Requerente: Alemanha

Estado Requerido: Inglaterra

Status do Caso: Encerrado

Artigos nos quais baseou-se a decisão: Artigo 3º

Decisão: Ordenada a restituição da criança

Fatos: A criança, uma menina de 4 anos e meio ao tempo da alegada transferência ilícita, vivera na Alemanha toda a sua vida. Em 26 de dezembro de 1996, a mãe e seu companheiro inglês levaram a menina para a Inglaterra. Os pais da criança eram casados, mas o pedido de restituição foi feito pelos avós maternos da criança. Os avós não eram titulares de direito de guarda, mas tinham tido relevante atuação nos cuidados da criança, especialmente nos 14 meses antecedentes à transferência da criança para a Inglaterra.

Em 18 de dezembro os avós haviam obtido uma ordem de guarda provisória.

Decisão: Restituição da criança ordenada. Os cuidados dedicados pelos avós à criança foram suficientes para investi-los de direitos de guarda. Esses direitos foram violados quando a mãe removeu a criança. A ordem de guarda provisória concedida na Alemanha sem que a mãe tivesse sido citada para a ação foi irrelevante para o desfecho do caso.

Base legal para a decisão:

Objetivos da convenção (Preâmbulo, Art 1 e 2): Reafirmação do princípio de que a emissão de ordem de restituição da criança não significa um prejulgamento da causa de guarda a ser decidida no Estado de residência habitual.

Direitos de Guarda (Art 3): O uso da palavra “pode” (may) no § 2º do Artigo 3 indica que os direitos de guarda não estão limitados à situações especificadas no dispositivo, podendo alcançar direitos de guarda formados imperfeitamente (inchoate custody rights). Assim, embora os avós não tivessem direitos de guarda legalmente conferidos, o exercício do poder familiar por um intervalo de tempo substancial foi suficiente para estabelecer direitos de guarda conjunta segundo a finalidade da Convenção.

Questões procedimentais: Pouco mais de dois meses se passaram desde que protocolado o pedido de restituição até que a emissão da ordem de retorno da criança fosse emitida.

(resumo e tradução nossos)

Caso 3: Pedido de cooperação envolvendo a Alemanha como Estado requerente e os Estados Unidos da América como Estado requerido. Nos EUA, o procedimento judicial é sempre promovido pelo particular interessado, sem a intervenção da autoridade central

americana, que somente proporciona apoio extrajudicial. A relevância do caso está relacionada à peculiar interpretação dada ao requisito de residência habitual, o que foi feito para descaracterizar a residência habitual nos EUA e determinar a restituição das crianças. Em diversos casos decididos pela justiça dos EUA, é evidente a preocupação em não permitir que as pessoas que agiram ilicitamente para modificar a jurisdição natural para o litígio se beneficiem da conduta. A transcrição adiante apresentada resume o julgado:

Data da decisão: 7 de maio de 1998

Estado Requerente: Alemanha

Estado Requerido: Estados Unidos da América

Status do Caso: Encerrado

Artigos nos quais baseou-se a decisão: Artigo 12(2), presença de condições para devolução da criança mesmo quando a criança tenha permanecido por mais de um ano no Estado para o qual tenha sido transferida ilicitamente. Entendimento acerca da constituição de residência habitual.

Decisão: Ordenado o retorno da criança.

Fatos: As crianças, meninas, viveram com os pais na Alemanha até Janeiro de 1995. Os pais separaram-se e a mãe levou as filhas para visitar amigos na Bélgica por quatro meses. Em 10 de maio, os pais firmaram acordo de guarda conjunta. Em primeiro de junho, o pai levou as meninas unilateralmente para a Espanha, e em 27 de junho as levou para os EUA, onde permaneceram sem localização conhecida.

Em 26 de setembro, um juízo alemão concedeu liminarmente guarda exclusiva à mãe.

Entre 1995 e 1997, a mãe tentara encontrar as filhas com o auxílio das autoridades estaduais e federais dos EUA. Em novembro de 1997, as crianças foram encontradas e postas sob guarda estatal após ter sido colocada escuta com autorização judicial no telefone residencial da avó paterna.

Em dezembro, a mãe deu início a uma ação perante a jurisdição federal dos EUA e obteve ordem de retorno da criança. O pai e a avó paterna recorreram da decisão. Em grau de recurso restou decidido que (face à precariedade e clandestinidade da permanência) as crianças não haviam estabelecido residência habitual nos Estados Unidos.

Base legal para a decisão:

Objetivos da Convenção (Preâmbulo, Art 1 e 2): Um juízo que analise um pedido fundado na Convenção sobre Seqüestro somente tem jurisdição para decidir a alegação de remoção ilegal da criança, não tendo jurisdição para decidir qualquer questão subjacente de guarda ou direitos de família.

Artigo 12(2): A corte manteve o entendimento de que a expressão contida no § 2º do Artigo 12, “já se encontrava integrada em seu novo meio”, significa bem mais do que ter uma existência material confortável nesse novo meio. As medidas adotadas pelo pai para manter as crianças nos EUA autorizaram a conclusão de que as crianças não se encontravam integradas ao novo meio.

Para efeito de aferição do período de um ano referido no mesmo Artigo 12, o intérprete está autorizado a reduzir do cômputo desse tempo aquele dedicado pelo responsável pela transferência ilícita para manter as crianças escondidas.

(resumo e tradução nossos)

Caso 4: Pedido de cooperação envolvendo os Estados Unidos da América como Estado requerente e a Suécia como Estado requerido. O caso aborda aspectos importantes da decisão acerca da residência habitual e da validade de acordo privado de eleição da jurisdição

competente para apreciar as questões de guarda de crianças face à Convenção sobre Seqüestro:

Data da Decisão: 9 de maio de 1996

Estado Requerente: Estados Unidos da América

Estado Requerido: Suécia

Status do Caso: Encerrado

Artigos nos quais baseou-se a decisão: 3º

Decisão: Ordem de retorno negada.

Fatos: A criança, uma menina, tinha 7 anos e 8 meses na data da alegada remoção ilícita. Os pais eram divorciados. Foi estabelecido um acordo de guarda conjunta segundo o qual a criança se movimentaria continuamente entre a Suécia e os Estados Unidos de anos em anos (shuttle custody). As partes também estabeleceram no acordo que o Estado da Virgínia teria jurisdição exclusiva para decidir todas as questões relativas à guarda da criança, e que a Convenção sobre Seqüestro regeria o acordo. Segundo o ajustado, a criança deveria ser enviada aos EUA após 2 anos na Suécia, mas a mãe negou-se a retornar a criança. O pai deu início a um petição de retorno.

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

Base Legal para a Decisão:

Direitos de guarda (Art 3): A questão de ter havido ou não uma retenção ilícita deve ser determinada de acordo com o direito do país em que a criança tem residência habitual ao tempo da alegada retenção.

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

(resumo e tradução nossos)

Caso 5: Pedido de cooperação envolvendo o Estado de Israel como requerente e os Estados Unidos da América como requerido. O caso é relevante por associar a decisão acerca da residência habitual a uma avaliação da existência de segurança acerca da vontade dos pais sobre a mudança de residência praticada por um deles. Ou seja, deve haver certeza acerca da quebra unilateral do vínculo de residência para deferimento de uma ordem de restituição, bem como deve haver cuidado com a conclusão de que o estabelecimento de laços sociais sólidos pela criança convalida uma transferência ilícita:

Data da decisão: 9 de janeiro de 2001

Estado Requerente: Israel

Estado Requerido: Estados Unidos da América

Status do Caso: Encerrado

Artigos sobre os quais baseou-se a decisão: Artigo 3º

Decisão: Retorno ao juízo *a quo* para decisão acerca de matéria não apreciada

Fatos: As crianças, duas meninas e um menino, um de 8 anos e meio, e dois de 4 anos e meio, ao tempo da alegada retenção ilícita, viveram nos EUA e em Israel. Os pais eram casados e tinha guarda conjunta. Em abril de 1997, a mãe levou os filhos para os EUA para um período de 15 meses com o consentimento do pai, com previsão de retorno para Israel em Julho de 1998.

Em abril de 1998, a mãe iniciou ação de separação e obteve guarda provisória dos filhos, sendo assegurado direito de visita ao pai. Em 11 de maio de 1998, o pai peticionou pelo retorno das crianças com base na Convenção sobre Seqüestro. Em 11 de agosto de 1998, a justiça dos EUA rejeitou o pedido sob o fundamento de que as crianças haviam adquirido residência habitual nos EUA.

O pai recorreu da decisão. Em sede de recurso o apelo foi acolhido para corrigir o conceito de residência habitual, restando determinado o retorno do caso ao juízo *a quo* para decisão acerca do Estado de residência habitual em face da nova conceituação.

Base legal para a decisão:

Residência habitual (Art. 3º):

O juízo *ad quem* decidiu que o conceito de residência habitual deveria ser aplicado de uma forma inteligente e consistente, de modo a que os pais soubessem com clareza as circunstâncias capazes de alterar a residência habitual de seus filhos. Assim, uma decisão firme de abandonar a residência habitual anterior era parte crucial de aquisição de uma nova residência habitual. E que, quando as crianças não atingiram idade ou grau de maturidade que torne apropriado considerar suas opiniões, as intenções firmes relevantes são aquelas da pessoa ou pessoas capazes de decidir acerca do local de fixação da residência das crianças. No caso sob consideração, ambos os pais. Não sendo controvertido o fato de que até abril de 1997 as crianças tinham residência habitual em Israel, necessário decidir se os pais agiram de forma a permitir a conclusão de intenção mútua de abandono da residência habitual dos filhos em Israel.

O juízo *ad quem* admitiu, entretanto, que após tempo suficiente e experiências positivas, a vida de uma criança possa ficar tão firmemente ligada ao novo país que este tornar-se-á a nova residência habitual da criança, apesar da intenção contrária dos pais. Mas, quando os pais não tiverem acordado a mudança da residência habitual, o juízo não deve precipitar-se para concluir que a partir dos contatos da criança com o novo Estado a residência habitual foi modificada, ainda que pareça razoável focalizar a decisão primariamente nos contatos da criança com o novo Estado.

Ao decidir sobre o local de residência habitual, não se deve perder de vista o objetivo da Convenção, que é o de prevenir ou corrigir os seqüestros. Quanto maior for a facilidade para se ter por modificada a residência habitual sem o consentimento de ambos os pais, tanto maior será o incentivo para que se tente modificá-la dessa maneira.

A função do juízo não é a de determinar se uma criança está feliz no local em que se encontra, mas se um dos pais está procurando alterar unilateralmente o *status quo* em relação ao local primário da vida da criança.

As crianças adaptam-se facilmente e formam intensos relacionamentos, mesmo em curtos intervalos de tempo, mas isto não significa necessariamente que a criança espere ou tencione atribuir longa duração a esses relacionamentos. É possível participar em todas as atividades diárias de uma vida e ainda assim manter a consciência de que se tem outra vida para a qual voltar. Sob esse aspecto, alguém pode estar bem ajustado a um ambiente presente sem ver esse ambiente como o ambiente de residência habitual.

Quanto aos fatos do caso, o juízo *ad quem* entendeu que embora a criança tivesse passado um ano pleno nos EUA, isto não apontava inequivocamente a conclusão de que, ao tempo do início dos procedimentos de recuperação da guarda, em abril de 1998, houvesse cessado a residência habitual em Israel. Espera-se que crianças que estudem no exterior formem laços culturais e pessoais com os países que visitam, mas a expectativa ordinária, dos pais e das crianças, é que ao fim de um ano de permanência no exterior a criança restabeleça sua residência no país em que mantém seu lar. Se não fosse assim, seria muito reduzido o número de pais que concordariam em autorizar que seus filhos tivessem essas experiências tão ricas proporcionadas pelo intercâmbio internacional de estudantes.

Comentários no Incadat: A decisão nesse caso teve grande impacto nos EUA, seguindo-se várias decisões de que as crianças mantêm a residência habitual antes experimentada na maior

parte das vezes em que se verifica a discordância dos pais acerca da mudança da residência das crianças.

Todavia, ante situação em que a mudança durou 2 anos, a decisão foi de que teria havido modificação da residência habitual. Recentemente, na Alemanha, concluiu-se que após cinco meses teria havido modificação da residência habitual em situação em que a família mudara-se para passar no país um período de seis meses.

(resumo e tradução nossos)

Caso 6: Pedido de cooperação oriundo do Estado de Israel e dirigido à Espanha. A cooperação foi negada com fundamento no Artigo 20 da Convenção sobre Seqüestro, que autoriza a negativa se a restituição mostrar-se incompatível com os princípios de regência dos direitos humanos no Estado requerido face aos eventuais desdobramentos do caso sob a legislação do Estado requerente:

Data da Decisão: 21 de abril de 1997

Estado Requerente: Israel

Estado Requerido: Espanha

Status do Caso: Encerrado

Artigos sobre as quais baseou-se a decisão: Artigo 20

Decisão: Restituição negada

Fatos: A criança, uma menina, ainda bebê na data da alegada remoção ilícita, vivera toda a sua vida em Israel. Os pais se divorciaram e mantinham guarda conjunta da criança. Em 22 de novembro de 1994, a mãe mudou-se com a criança para a Espanha, seu Estado de origem. Em maio de 1995, o pai localizou a mãe e a criança e a autoridade central de Israel requereu à autoridade central da Espanha a devolução da criança com fundamento na Convenção.

Em junho de 1995, um tribunal rabínico de Israel conferiu guarda exclusiva da criança ao pai em razão do comportamento da mãe. O pai requerera do tribunal a declaração de que a mãe tornara-se “Moredet”, um estado atribuído pela lei religiosa judaica qualificador de uma “esposa rebelada”.

Em 19 de abril de 1996, a justiça espanhola rejeitou o pedido de restituição da criança.

O pai recorreu da decisão, que foi mantida. Restou decidido que o retorno da criança seria contrário aos princípios básicos da lei espanhola concernente à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, o que autorizada a negativa de cooperação com fundamento no Artigo 20 da Convenção.

Base legal para a decisão:

Direitos de guarda (Art 3): Segundo o direito israelense, os pais têm guarda conjunta e o direito de decidir o lugar de residência da criança. Nenhum dos pais poderia retirar a criança do país sem o consentimento do outro. Mesmo nos casos em que a mãe tivesse direito de guarda e o pai direito de visita, a titular da guarda não poderia retirar unilateralmente a criança do país, pois isto violaria os limites do direito que lhe havia sido garantido pela justiça. A remoção da criança, portanto, fora ilícita.

Violação a direitos fundamentais (Artigo 20): O retorno da criança seria contrário aos princípios fundamentais do direito espanhol concernente à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Portanto, a exceção contida no Artigo 20 seria aplicável ao caso. A Convenção tem por objetivo restaurar o *status quo ante*, mas isto tornara-se impossível no caso. O fato de o tribunal rabínico haver garantido a guarda exclusiva ao pai, ainda que em decisão liminar, significava que a criança seria removida da mãe para puni-la pelo estado de “rebelada”. Não seria considerado o superior interesse da criança que havia crescido junto à mãe. A decisão adotada pelo tribunal israelense era equivalente a uma negativa da guarda natural da criança em Israel, e isto era contrário aos princípios fundamentais do direito espanhol.

A decisão de considerar a mãe uma “Moderet” iria piorar a situação dela perante o tribunal e levaria à negação absoluta dos direitos da mãe, não apenas em relação à criança como também em relação à sociedade israelense.

Finalmente, decidiu-se que também deveria ser considerada a necessidade real de proteção da mãe e da criança em razão de serem nacionais da Espanha.

Comentário Incadat: O tribunal constitucional espanhol rejeitou um apelo do pai da criança para que a questão fosse apreciada.
(resumo e tradução nossos)

Caso 7: Pedido de cooperação tendo a Inglaterra como requerente e os Estados Unidos da América como requerido. Relevante na decisão o fato o pedido de restituição ter sido formulado pela bisavó materna das crianças face aos pais seqüestradores, bem como o fato de as autoridades centrais da Inglaterra e dos EUA terem diligenciado para a comunicação direta entre o juízo da Inglaterra, que julgava o pedido de restituição, e os dois juízos dos EUA, que julgavam questões penais e de família referentes aos pais seqüestradores:

Data da Decisão: 16 de agosto de 1999

Estado Requerente: Estados Unidos da América

Estado Requerido: Inglaterra

Status do Caso: Encerrado

Artigos sobre os quais baseou-se a decisão: Artigo 7º e Artigo 13(1)(b)

Decisão: Houve acordo entre as partes para retorno voluntário após ter havido compromisso assumido pelas partes e pelas autoridades judiciais do Estado requerente.

Fatos: As crianças, dois meninos de 7 anos e 1 ano e meio ao tempo do alegada remoção ilícita, haviam vivido até então exclusivamente nos EUA. Os pais eram casados e tinham direitos de guarda conjunta, mas as crianças haviam vivido a maior parte do tempo com a bisavó materna. O pai havia ficado preso por um período por motivo relacionado a drogas e outros ilícitos. Em setembro de 1998, o pai, inglês de nascimento, foi expulso dos EUA para a Inglaterra, tendo tido a permissão de residência nos EUA revogada.

Em janeiro de 1999, a mãe retirou as crianças da casa da bisavó e as levou para a Inglaterra para viverem juntamente com o pai.

Em primeiro de abril do mesmo ano, a bisavó apresentou pedido de restituição das crianças, sob o fundamento de que em setembro de 1995, ela e a avó materna das crianças haviam sido tornadas co-guardiãs do mais velho dos meninos, o que efetivamente ocorreu a partir dessa data até o momento em que houve a transferência ilícita das crianças.

Decisão: Houve restituição voluntária das crianças após garantias (undertakings) ajustadas entre as partes no Estado requerente por meio de contato entre a justiça do Reino Unido que julgava a ação de retorno da criança e a justiça dos EUA que julgava ações criminais referentes ao pai da criança.

Base legal para a decisão: Artigo 13(1)(b)

O Juízo inglês entendeu que a possibilidade de o pai responsável pelo seqüestro ser preso no retorno ao Estado requerente não era motivo suficiente para configurar a exceção prevista no Artigo 13 (1) (b). Todavia, o juízo também entendeu que o caso em questão dava margem a consideração especial, pois também a mãe das crianças, que havia violado a suspensão condicional de pena (probation) de que fora beneficiária, caso retornasse, cumpriria período significativo de prisão, ficando impossibilitada de propor ou acompanhar ação nos EUA para discutir a guarda e eventual transferência lícita das crianças para a Inglaterra. Não seria do interesse das crianças serem submetidas à ansiedade e incerteza profundas acerca da possibilidade de verem a mãe presa na chegada aos EUA.

O juízo inglês realizou consulta direta ao juízo norte-americano para esclarecer as questões de direito material e processual relacionadas aos problemas penais enfrentados pelo pai das crianças nos EUA.

Compromissos (undertakings): Foi avaliada a possibilidade de as partes assumirem o compromisso de manter a guarda das crianças com a mãe até a decisão do processo de guarda nos EUA, mas esse compromisso viu-se frustrado em razão de a mãe estar exposta ao risco de prisão nos EUA.

Papel das Autoridades Centrais (Artigos 6 a 10): O juízo inglês requereu o apoio da autoridade central inglesa para assisti-lo na investigação acerca das incertezas que cercavam a questão do retorno da mãe das crianças aos EUA. Com esse apoio, o juízo inglês fez contato direto com o juízo criminal e de família nos EUA. Ficou acertado recolhimento da ordem de prisão e o restabelecimento da suspensão da pena (probation) da mãe das crianças, bem como ficaram acordadas garantias referentes à guarda conforme sugerido pelo juízo inglês.

O processo de cooperação judicial direta entre os juízos envolvidos e as garantias acordadas proporcionaram a confiança necessária a que a mãe das crianças concordasse com o retorno aos EUA.

(resumo e tradução nossos)

Caso 8: Pedido de cooperação tendo a Croácia como Estado requerente e a Inglaterra como Estado requerido. O caso mostra-se interessante sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à peculiar posição da Croácia frente à Convenção, pois esse Estado figura como sucessor da Iugoslávia, sendo apresentado no sítio de Internet da Conferência da Haia com a observação de ser um dos “Estados sucessores da ex República Federal Socialista da Iugoslávia, que tornou-se parte da Convenção em dezembro de 1991. Em 5 de abril de 1993, a República da Croácia declarou-se comprometida com a Convenção. Nenhuma objeção foi recebida dos Estados Contratantes”. Adicionalmente, a decisão é relevante por apresentar elementos auxiliares à apreciação da objeção manifestada pela criança cuja restituição é requerida:

Data da Decisão: 5 de abril de 2004

Estado Requerente: Croácia

Estado Requerido: Inglaterra

Artigos sobre os quais baseou-se a decisão: Artigo 13(2)

Decisão: Restituição rejeitada

Fatos: O caso diz respeito a dois meninos nascidos de um pai croata e uma mãe inglesa. A família vivia na Croácia, e os pais das crianças não eram casados. Em 30 de junho de 2000, a mãe mudou-se com os filhos para a Inglaterra, quando estes tinham 9 e 5 anos de idade.

O pai formulou requerimento de restituição, em razão do qual foi realizado acordo entre as partes, no qual o pai assumiu, entre outros, os compromissos de não causar dano à mãe e às crianças, bem como não retirar as crianças dos cuidados da mãe quando estas voltassem ao país requerente.

Em agosto de 2000, a mãe e as crianças retornaram à Croácia. O pai imediatamente descumpriu os compromissos assumidos. Em novembro do mesmo ano, foi proferida decisão judicial conferindo a guarda das crianças ao pai e direito de visita à mãe. A decisão, entretanto, foi revertida em grau de recurso.

Em dezembro de 2001, a mãe da criança levou novamente os filhos para a Inglaterra, e em março de 2002 o pai deu início a novo requerimento de restituição das crianças, e, após ouvidas entrevistadas as crianças por assistentes sociais, oportunidade em que o filho mais velho apresentou objeção ao retorno, a restituição foi ordenada em 18 de outubro.

O filho mais velho, que não tivera sua objeção aceita, recorreu da decisão em nome próprio e teve o apelo acolhido, restando decidido que a criança detinha idade e maturidade suficientes para que suas objeções fossem consideradas. Também foi decidido que o superior interesse do irmão menor determinava que este não fosse afastado do convívio com seu irmão mais velho. A restituição das crianças foi negada.

Base legal para a decisão:

Objetivos da Convenção (Preâmbulo, Art. 1º e Art. 2º): o Tribunal registrou que os casos apreciados segundo a Convenção eram freqüentemente difíceis. As mães inglesas freqüentemente retornavam à jurisdição inglesa com seus filhos na crença de que poderiam fazê-lo. Entretanto, para dar cumprimento a suas obrigações internacionais, os juízos freqüentemente tinham que emitir ordens de retorno das crianças para os países de sua residência habitual em circunstâncias sob as quais, estivessem esses juízos apreciando a questão substancial da guarda, a decisão seria dada em favor da mãe.

O tribunal decidiu que era imperativo que a estabilidade que as crianças haviam começado a desfrutar nos últimos dois anos fosse consolidado. Era igualmente imperativo, entretanto, que as crianças não perdessem o lado croata de sua herança. Ambas as partes, em particular o pai, deveriam manifestar aceitação da presente situação e tentar estabelecer um regime de contato que permitisse a restauração do relacionamento do pai com seus filhos.

As objeções da criança ao retorno (Art. 13(2)): O Tribunal concluiu que a criança recorrente entendia que o retorno à Croácia representava simultaneamente o retorno aos cuidados do pai e o retorno a uma situação em que ele acreditava seu pai continuaria a ser violento e abusivo no trato com a mãe e os dois filhos. O Tribunal concluiu que a criança tinha idade e grau de maturidade ante os quais era apropriado levar em consideração seu ponto de vista, que se mostravam claros e coerentes, bem como racionalmente fundamentados. As objeções não eram ilegítimamente influenciadas pela mãe. Além disso, a criança havia vivido sob a jurisdição inglesa por dois anos, e encontrava-se ambientado.

Ante tudo o que fora apresentado, o Tribunal entendeu que as exceções previstas no § 2º do Artigo 13 estavam presentes.

(resumo e tradução nossos)

Os casos aqui listados e brevemente comentados, embora representam uma pequena fração do conjunto de decisões tornadas disponíveis por meio do INCADAT, demonstram o alcance da aceitação internacional da Convenção sobre Seqüestro, além de proporcionarem uma visão especializada da interpretação conferida pela jurisdição estrangeira a aspectos importantes da aplicação da Convenção aos casos concretos.

CAPÍTULO 6

6 CONCLUSÃO

Conforme indicado na parte introdutória do texto, a pesquisa teve por tema específico a questão dos conflitos privados internacionais que fazem emergir violações aos direitos das crianças à manutenção do adequado convívio familiar e social no Estado de residência habitual. São situações que, conforme discutido, reclamam a atuação dos Estados como partes importantes na cooperação internacional necessária à solução dos problemas.

O desenvolvimento do texto procurou descrever e analisar todos os elementos considerados relevantes para, ao final, proporcionar respostas a algumas questões também enunciadas na parte introdutória deste texto. Em respeito à delimitação estabelecida, tudo foi realizado com o foco voltado à Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

A questão do tratamento universal dos direitos da criança, relevante em face de qualquer proposta de formação de uma sistemática concertada de ação pelos órgãos de diferentes Estados, informados por diferentes culturas, mostra-se parcialmente resolvida nos textos internacionais que declaram a universalidade dos direitos humanos e, conseqüentemente, dos direitos da criança.

Todavia, está claro em muitos textos internacionais o reconhecimento da limitação dessa universalidade nas questões práticas, razão pela qual tratados como a Convenção sobre Sequestro, analisada nesta pesquisa, deixa espaço para que os Estados requeridos neguem a cooperação pactuada quando perceberem que determinados institutos jurídicos existentes no Estado requerente, como o “Moredet” apontado em um dos casos estudados, mostrem-se violadores de direitos e garantias considerados fundamentais no Estado requerido.

Essa característica dá prova da inescapável associação que se estabeleceu entre o direito internacional público e o direito internacional privado quando materialmente

considerados. O que se observa atualmente não é apenas a utilização do tratado como forma a unir as duas disciplinas, mas igualmente a presença de vínculos materiais como o primado da dignidade da pessoa humana ou o superior interesse da criança. Nesse aspecto, entretanto, necessário registrar que a pesquisa identificou a existência de uma tensão entre a cooperação fria ditada pelo rigor das regras clássicas solucionadoras dos conflitos de leis e de jurisdições e o método mais moderno de solução dos conflitos com o olhar voltado para o conteúdo de justiça no caso concreto. É uma tensão que se faz presente em diversos dos textos doutrinários pesquisados, sobretudo nos oriundos dos EUA, do Reino Unido e da Alemanha, Estados que parecem entender que para a Convenção sobre Seqüestro, por exemplo, a concretização do superior interesse da criança deve ser deixada, sempre, para as autoridades do Estado de residência habitual, tudo em homenagem à segurança jurídica objetivamente posta nos dispositivos da Convenção que determinam, por exemplo, a restituição imediata da criança quando provada a transferência ou retenção ilícita.

Quanto à consideração inicial de ser relevante avaliar as razões pelas quais os Estados se envolvem em ajustes internacionais que os levam a declinar da soberania nacional em favor de outros Estados para decidir definitivamente questões de família que muitas vezes envolvem exclusivamente seus nacionais. A pesquisa apontou os tipos de pressões que condicionam essas condutas, e é razoável concluir que a adesão à Convenção sobre Seqüestro representa uma solução à qual o Estado adere constrangido pela conclusão de que a eventual opção pela solução primeira da prática unilateral revela-se prejudicial aos interesses de seus residentes.

Como texto internacional, a pesquisa confirmou que a Convenção sobre Seqüestro é um tratado de sucesso, haja vista a expressiva adesão dos mais expressivos Estados, que vêm aderindo ao texto convencional à média de 3 (três) Estados por ano. É, além disso, um tratado digno de estudo em razão da peculiar sistemática de vigência e eficácia de seus dispositivos

entre os Estados Contratantes. Essa característica, ademais, torna especialmente desafiadora a aplicação do tratado pelos operadores nacionais do direito revelado pelo tratado.

A adesão a tratados de direito internacional privado costuma representar desafio adicional aos Estados federais, os quais muitas vezes conferem aos entes federados autonomia legislativa plena para a disciplina normativa das relações privadas. Nesse aspecto, entretanto, a federação brasileira, ante a divisão de competências estabelecida no texto constitucional, não gera dificuldade especial, e a estrutura governamental estabelecida para atuação nos termos da cooperação exigida pela Convenção sobre Seqüestro tem-se mostrado adequada e aparelhada para a missão.

A cooperação prevista no texto convencional exige dos aplicadores desse novo direito no Brasil a atenção para os limites da jurisdição federal ante os casos concretos. Nem todas as dúvidas emergentes dessa questão foram suficientemente abordadas, pois a exploração dos contatos da Convenção sobre Seqüestro com o direito constitucional e processual civil brasileiros justificariam por si sós uma nova pesquisa.

Não obstante, a pesquisa permitiu a formação de um juízo de certeza acerca da distribuição de competência interna ao Estado brasileiro, tendo ficado claro que a Justiça Federal brasileira é competente para apreciar a existência dos pressupostos para a cooperação, e, presentes estes, determinar as medidas, restituição da criança ou garantia do direito de visitas, necessárias à solução do conflito de interesses. Inexistentes os pressupostos para cooperação, caberá à Justiça Federal remeter as partes para o juízo cível competente para as questões de família, pois estará encerrada a controvérsia concernente ao tratado.

Igualmente certa, creio, é a legitimidade da União para propor ações em que esteja em questão a cooperação pela qual o Estado brasileiro obrigou-se na esfera internacional. Assim entendem os advogados da União e assim têm entendido os membros do Ministério Público Federal e os magistrados federais dos dois graus de jurisdição federal já provocados.

A experiência acumulada desde 2003, embora ainda possa ser qualificada de numericamente pouco expressiva, já permite que se avalie a qualidade da resposta que o Estado brasileiro proporciona quando requerido e da resposta que o Estado brasileiro obtém quando requerente.

De fato, os casos listados e analisados demonstram que a Convenção sobre Seqüestro tem sido um importante instrumento de cooperação e de solução para conflitos que sempre preocuparam os agentes públicos dos Estados envolvidos, e que se tem mostrado eficaz para solucionar controvérsias e desestimular a ação daqueles que acreditam poder impor por via ilícita uma modificação permanente na residência habitual das crianças.

Finalmente, os casos estudados chamam a atenção dos intérpretes para uma característica pouco explorada nos tratados que versam direito internacional privado, qual seja o primado da reciprocidade. A Convenção sobre Seqüestro contém dispositivos que expressamente ressaltam essa característica, que não pode ser negligenciada por agentes da Administração ou da Jurisdição brasileiras. Para encerrar com um exemplo da reciprocidade que entendo exigida, mas que igualmente pressiona os limites do conflito entre princípios que emerge da Convenção sobre Seqüestro, não será razoável admitir a emissão de ordem liminar *ex parte* de restituição pelo Brasil de uma criança para um Estado que não admita a possibilidade de utilização de semelhante medida em atendimento a requerimento brasileiro.

Referências

ACCIOLY Hildebrando. SILVA Geraldo E. do N. e. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVES, José A. L. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

_____. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

_____. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

_____. **A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-Modernidade**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html. Acesso em 20 de janeiro de 2005.

ANDRADE, José C. V. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**. Em Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Starlet. Org. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.271-297.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BALDWIN, David A. (Org.). **Neorealism and neoliberalism: the contemporary debate**. New York: Columbia University Press, 1993.

BASZ, Victoria. CAMPANELLA, Elisabet. **Derecho internacional privado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

BENNET, Margareth H. **Judicial and administrative co-operation in family law matters: co-operation in child abduction and similar cases**. Address at the Hague's 750th anniversary international law conference presented by T.M.C. Asser Institutt, 4th July 1998. Disponível em http://www.hiltonhouse.com/articles/Judicial_cooperation.txt. Acesso em 15 de setembro de 2004.

BIOCCA, Stella M. **Lecciones de derecho internacional privado: parte general**. 2^a ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

_____. **Derecho internacional privado: um nuevo enfoque**. Tomo I. Buenos Aires: Lajouane, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOGGS, Danny J. **Remarks on the 1980 hague convention on the civil aspects of international child abduction**. 33 N.Y.U. Journal of International Law & Politics, 2000, p. 43-48. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

BOTELHO, Rosana U. **Historia da proteção à infância no brasil: da questão do menor aos direitos da criança e do adolescente: 1920-1990(uma)**. Brasília, 1993.

BRUCH, Carol S. **Religious law, secular practices, and children's human rights in child abduction cases under the hague child abduction convention**. N.Y.U. Journal of

International Law & Politics, v. 33, 2000, p. 49-58. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

CANOTILHO, José J. G. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. Em Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Starlet. Org. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.339-357.

CARDENAS, Feldstein. **Derecho internacional privado: parte especial**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

CLIVE, Eric. M. **The concept of habitual residence: part 3**. The Juridical Review, p. 137-147, 1997. Disponível em http://www.hiltonhouse.com/articles/Concept_H_R.txt. Acesso em 8 de dezembro de 2004.

COESTER-WALTJEN, Dagmar. **The future of the hague child abduction convention: the rise of domestic and international tensions - the european perspective**. N.Y.U. Journal of International Law & Politics, v. 33, 2000, p. 59-82. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

CORREA, A. Ferrer. **Lições de direito internacional privado**, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTINHO, Aldacy R. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. Em Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Ingo Wolfgang Starlet. Org. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 165-183.

D'ANTONIO, Daniel, H. **Derecho de menores**. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994

DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. **Droit international public**. 6ª ed. Paris: L.G.D.J., 1999

DeHART, Gloria F. **The relationship of the 1980 child abduction convention and the 1996 protection convention**. 33 N.Y.U. Journal of International Law & Politics, 2000, p. 83-101. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito internacional privado: a criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DYER, Adair. **To celebrate a score of years**. 33 N.Y.U. Journal of International Law & Politics, 2000, p. 1-15. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

EEK, Hilding. **Peremptory norms and private international law**, em Recueil de Cours, vol. 139, 1973, p. 1-74.

HABERMAS, Jurgen. **Multiculturalism and the liberal state**. Stanford Law Review, vol 47, May 1995

HAGUE CONFERENCE. **Guide to good practice - part I: central authority practice.** Bristol: Family Law, 2003. Disponível em http://hcch.e-vision.nl/upload/abdguide_e.pdf. Acesso em 18 de outubro de 2004.

KITIC, Dusan. **Droit internacional prive.** Paris: Éditions Ellipses, 2003.

MACHADO, Martha de T. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MEDEIROS, Antônio P. C de. **O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

MELO, Luís G. De. **Introdução ao estudo do direito internacional privado.** São Paulo: WVC Editora, 2001.

MICHIGAN. **Child custody act of 1970**, Disponível em <http://www.legislature.mi.gov/printDocument.aspx?objName=mcl-Act-91-of-1970&version=txt>. Acesso em 20 de março de 2005.

MILANI, Carlos et al. (Org.). **Democracia e governança mundial: que regulações para o século XXI?** Porto Alegre: Editora da Universidade/UFRGS. 2002. Introdução disponível em <http://www.unesco.org/most/demgov_port.htm>. Acesso em 20 jan. 2004.

MILNER, Helen. **The assumption of anarchy in international relations theory: a critique.** In: BALDWIN, David A. (Org.). **Neorealism and neoliberalism: the contemporary debate.** New York: Columbia University Press, 1993. p. 143-169.

MIRABETE, Júlio F. **Manual de direito penal: parte especial**, v. 3. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MONACO, Gustavo F. de C. **Direitos da criança e adoção internacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, A. Reis. **A revolução dos direitos da criança.** Porto: Campo das Letras, 2002.

PANIKKAR, Raimundo. **É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental?** Revista Diógenes, Universidade de Brasília, Brasília, n. 5, 1983.

PEREIRA, Tânia da S. (Org.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002

RAMOS, André de C. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, Rui M. G. M. **Das relações privadas internacionais: estudos de direito internacional privado**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional**. Coimbra: Coimbra, 2002.

RANGEL, Vicente M. **Direito e relações internacionais**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REUTER, Paul. **Direito internacional público**. Lisboa: Editoria Presença, 1981.

REPORT for Congress: hague convention on child abduction. Washington: THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, 2004, 377 p.

RETORNO à suécia: direito de guarda paterna não deve ser violado. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 de julho de 2001. Disponível em <http://conjur.uol.com.br/textos/5861/>. Acesso em: 26 mar. 2005.

REZEK, José F. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRÍGUEZ, Carmen P. **La protección de los niños y el derecho internacional**. Abat Oliba CEU, Em Revista Universitária n. 7 – Edició Electrònica. Disponível em <http://revista.abatoliba.edu>. Acesso em 1º de março de 2005.

ROSENAU, James N. (Org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

SANTOS, Boaventura de S. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo W. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SCHUZ, Rhona. **Policy considerations in determining the habitual residence of a child and the relevance of context**. Journal of transnational law & policy, v. 11, p. 1-61, fall 2001.

SIEHR, Kurt. **The 1980 hague convention on the civil aspects of international child abduction: failures and successes in german practice**. N.Y.U. Journal of International Law & Politics, v. 33, 2000, p. 207-219. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

SILBERMAN, Linda. **The hague abduction convention turns twenty: gender politics and other issues**. N.Y.U. Journal of International Law & Politics, v. 33, 2000, p. 220-250. Disponível em <http://www.nyu.edu/pubs/jilp/>. Acesso em 15 de dezembro de 2004.

SILVA, José A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STEIN, Arthur. **Coordination and collaboration: regimes in an anarchic world**. In: BALDWIN, David A. (Org.). *Neorealism and neoliberalism: the contemporary debate*. Columbia University Press: New York, 1993. p. 29-59.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOKKE, Olav S. **Regimes as governance systems**. In: Young, O. R. (Org.). *Global governance. Drawing insights from the environmental experience*. Cambridge, London, MIT Press, 1997.

STRENGER, Irineu. **A autonomia da vontade em dipr**. São Paulo: RT, 1968.

THEODORO, Janice. **Conferência** em Marília, 20 de maio de 1998. Disponível em http://www.fflch.usp.br/dh/ceveh/public_html/cultura/conferencias/ja-p-co-assis7.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2005.

TRINDADE, Antônio A. C. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados**. Brasília: IIDH, CICV e ACNUR, 1996.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume I**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio**. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos Dia 25 de maio de 2000 Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 15 de setembro de 2004.

UBILLOS, Juan M.B. **Em que medida vinculam a los particulares los derechos fundamentales?** Em *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 299-336.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado: introdução e parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1974.

_____. **Direito internacional privado: parte especial, conflitos de leis civis**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1973.

WEINBERG, Inês M. **Derecho internacional privado**. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002.

YOUNG, Oran R. **Global governance: drawing insights from the environmental experience**. Cambridge: The MIT Press, 1997.

ZACHER, Mark W. **Os pilares em ruína do templo de vestfália: implicações para a governança e a ordem internacional**. In: *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. 2000. p. 83-141.