



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

MANUAL DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980





JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

MANUAL DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro Francisco Falcão

Presidente

Ministra Laurita Vaz

Vice-Presidente

Ministro Jorge Mussi

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Geraldo Og Fernandes

Ministro Mauro Luiz Campbell Marques

Desembargador Federal Cândido Artur Ribeiro Filho

Desembargador Federal Poul Erik Dyrland

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Luiz Fernando Wolk Penteadó

Desembargador Federal Rogério de Menezes Fialho Moreira

Membros Efetivos

Ministro Benedito Gonçalves

Ministro Raul Araújo

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargadora Federal Cecília Marcondes

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado

Membros Suplentes

Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora-Geral



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

MANUAL DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980



Brasília-DF, outubro de 2015.

Copyright © Conselho da Justiça Federal

ELABORAÇÃO

Coordenadores:

Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Desembargador Federal Guilherme Calmon

Colaboradores:

Juiz Federal Marcelo De Nardi

Juíza Federal Marcella Araújo Da Nova Brandão

Juiz Federal Wilney Magno de Azevedo Silva

Juiz Federal Saulo Casali Bahia

Juiz Federal José Carlos Dantas

Revisão:

Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

EDITORAÇÃO

Centro de Estudos Judiciários

Maria Virgínia Guimarães Corrêa - **Secretária**

Rita Helena dos Anjos - **Subsecretária de Informação Documental e Editoração**

Milra de Lucena Machado Amorim - **Coordenadora de Editoração**

Ariane Emílio Kloth - **Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos**

Luciene Bilu Rodrigues - **Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos**

Helder Marcelo Pereira - **Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final**

Capa

Gustavo Junqueira de Souza

Impressão

Seção de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

M294 Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980 / Coordenadores Mônica Sifuentes, Guilherme Calmon. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.
45 p. : il.

1. Sequestro (direito internacional privado). – 2. Criança, sequestro, tratado.
– 3. Direito da criança. – I. Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (1980).

CDU 341:343.433

	Apresentação	7
1	Introdução	9
1.1	A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado	9
1.2	A Convenção de 1980 – visão geral	9
2	Procedimentos iniciais extrajudiciais	10
2.1	O papel das autoridades centrais	10
2.2	Pedido de cooperação por meio das autoridades centrais	11
2.3	Procedimentos administrativos: localização da criança, tentativa de conciliação	12
2.4	Encaminhamento do caso para a Advocacia da União	15
2.5	Fluxograma da parte pré-processual	17
3	Procedimento judicial	19
3.1	Petição inicial: partes	19
3.2	Petição inicial: requisitos	19
3.3	Petição inicial: documentos	20
3.4	Requisitos para o processamento	21
3.5	Procedimento aplicável	22
3.5.1	Legitimação ativa e passiva (precede da audiência de conciliação)	22
3.5.2	Audiência inicial de conciliação	23
3.5.3	Produção antecipada de prova pericial	24
3.5.4	Participação do Ministério Público Federal	26
3.5.5	Audiência	27
3.5.6	Comunicações Judiciais Diretas – juiz de enlace	34
3.5.7	Decisão liminar	38
3.5.8	Sentença e garantias de retorno	39
3.5.9	Exceções ao retorno da criança	42
3.5.10	Art. 16 da Convenção – ação de guarda e ação de restituição	44
3.5.11	Execução da sentença	44
3.5.12	Recursos cabíveis	45
4	Referências	45

APRESENTAÇÃO

O Brasil é signatário da Convenção da Haia de 1980, que trata dos aspectos civis do sequestro internacional de menores, promulgada pelo Decreto n. 3.41, de 14 de abril de 2000, bem como da Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideu, em 15 de julho de 1989 (Decreto n. 1.212, de 3 de agosto de 1994). Ambas as Convenções têm como objetivo a proteção da criança que foi ilicitamente subtraída do local da sua residência habitual por um dos seus genitores, sem a autorização do outro, retornando-a ao seu país de origem, para que ali possam então ser resolvidas as questões relativas à sua guarda e direito de visitas.

Segundo estatísticas da ACAF, o número de casos de sequestro internacional de crianças cresceu 150% nos últimos 7 anos, a maioria deles envolvendo mães brasileiras. Apesar dos avanços já constatados no cumprimento das referidas convenções, ainda se registra grande demora nos procedimentos judiciais, que afeta principalmente a criança, provisoriamente privada do convívio com um dos seus genitores. Tratando-se de matéria afeta à competência da Justiça Federal, tornou-se, portanto, urgente a necessidade de capacitação e orientação dos juízes federais para analisar esses pedidos.

Atento a essa realidade, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Portaria n. 190, de 23 de setembro de 2013, Grupo de Trabalho para realizar estudo sobre as políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário que envolvesse questões de cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal. Um dos subgrupos então formados, sob a coordenação geral do Conselheiro Guilherme Calmon Nogueira da Gama, dedicou-se especificamente à elaboração de um “Manual de Boas Práticas para a aplicação da Convenção da Haia de 1980”. É esse o trabalho que o Conselho da Justiça Federal agora publica, cumprindo a sua missão institucional de coordenar e padronizar as atividades de administração

judiciária, com o objetivo de aprimorar a prestação jurisdicional no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus.

Trata-se, portanto, de um roteiro, com orientações gerais para os juízes sobre como aplicar a Convenção, de modo a atingir o seu objetivo, que é a boa condução dos processos judiciais em prol da celeridade, atendendo, assim, ao melhor interesse da criança, cuja proteção é prioritária no ordenamento jurídico nacional.

Mônica Sifuentes
Desembargadora do TRF 1ª Região

I Introdução

1.1 A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Criada em 1893 e atualmente composta por 77 membros¹, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental, integrada por países com diferentes tradições jurídicas, que tem por missão harmonizar as regras jurídicas entre estes, por meio da edição de instrumentos legais supranacionais.

Uma área de grande atuação da Conferência de Haia é a proteção de crianças em situação de risco que envolva mais de um Estado Nacional. Para alcançar essa finalidade, nos últimos 35 anos, a Conferência desenvolveu três Convenções com normas de direito internacional privado que estabelecem procedimentos que permitem aos Estados membros interessados exercer a efetiva proteção das crianças que porventura enfrentem qualquer situação de risco.

Com esse objetivo, foram editadas as Convenções²: (i) de 1980, contra a retenção ou remoção ilícita fora do local de residência habitual da criança; (ii) de 1993, que regula a adoção internacional; e (iii) de 1996, que define a lei e a jurisdição aplicável, bem como reconhecimento, execução e cooperação no regime de responsabilidade parental, além de medidas de proteção das crianças no âmbito do direito internacional privado.

1.2 A Convenção de 1980 – visão geral

Com o aumento do volume de circulação de pessoas no plano internacional, houve um incremento dos casamentos entre pessoas de múltiplas nacionalidades e domicílios, com o consequente aumento também no número de separações dessas uniões. Os filhos dessas uniões passam então, em regra, a ser o foco da disputa entre os ex-cônjuges e familiares.

1 Setenta e seis Estados, além da União Europeia. Dados de 20/9/2014, cf.: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26>.

2 O Brasil, até o momento, apenas ratificou as duas primeiras Convenções: 1980 e 1993.

A Convenção de 25 de outubro de 1980 combate a retenção ou remoção ilícita de crianças com até 16 anos³, pelos seus próprios guardiães. Os casos mais comuns referem-se àquele cônjuge que não detém a guarda dos seus filhos e vai para outro país, onde fixa nova residência, subtraindo as crianças ao convívio do outro; ou então, embora tivesse a autorização inicial do outro para a viagem, ali retém indevidamente a criança. A Convenção estabelece, assim, um sistema de cooperação jurídica internacional entre as autoridades centrais dos Estados Partes envolvidos, de forma a garantir um procedimento célere para o retorno da criança ilegalmente removida ou retida ao local de sua residência habitual.

O objetivo da Convenção é estabelecer a competência do Juízo da residência habitual da criança para o julgamento das questões relativas ao direito de guarda. O juiz do local onde a criança se encontra retida será competente apenas para analisar o cabimento ou não da sua restituição ao estado de origem (residência habitual).

2 Procedimentos iniciais extrajudiciais

2.1 O papel das autoridades centrais

A autoridade central é o órgão nacional interno responsável pela condução da cooperação jurídica com outros Estados ou organizações internacionais.

Cabe-lhe receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar os pedidos de cooperação, realizando sobre estes o juízo preliminar de admissibilidade, levando em conta a legislação nacional e os tratados vigentes, bem como normativos, práticas e costumes nacionais e internacionais. Compete-lhe ainda buscar permanentemente a melhoria da cooperação, buscando torná-la mais célere e efetiva.

A existência da autoridade central facilita a identificação das contrapartes nacionais e estrangeiras, que sabem a quem se dirigir em questões relacionadas à cooperação jurídica internacio-

3 Para os efeitos da Convenção, considera-se criança o menor até 16 anos.

nal no seu próprio país e, no caso das autoridades centrais estrangeiras, também no exterior.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH, da Presidência da República, atua como Autoridade Central Federal, nos termos do art. 6º da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1980, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 79, de 15 de setembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000.

Além disso, a SEDH atua como autoridade central, nos termos do art. 6º 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 n. 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999.

Em relação à Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, a SEDH também foi designada como autoridade central, por meio do Decreto n. 1.212, de 3 de agosto de 1994, e Decreto n. 7.256, de 4 de agosto de 2010. A função de autoridade central é exercida pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

2.2 Pedido de cooperação por meio das autoridades centrais

Na Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Criança (Haia/1980), previu-se que cada Estado Contratante designará uma autoridade central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela Convenção, podendo haver mesmo mais de uma, desde que identificada a autoridade central à qual os pedidos poderão ser dirigidos (art. 6º).

O art. 7º desta Convenção previu que 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 Convenção.

E em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer por 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 ao 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) manter-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminar os obstáculos que eventualmente se opõem à aplicação desta.

2.3 Procedimentos administrativos: localização da criança, tentativa de conciliação

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 adotou o sistema misto no qual as autoridades centrais exercem o papel de organizar e implementar a cooperação entre os Estados Partes, e tal atuação deve ser exercida em harmonia com as atribuições de outras autoridades administrativas e judiciais de acordo com a divisão estabelecida em lei interna de cada país.

O art. 7º da Convenção da Haia consagrou cláusula geral de cooperação entre as autoridades centrais dos Estados Partes envolvidos para o fim de serem adotadas todas as medidas e providências necessárias, de modo a dar concretude aos objetivos da Convenção. E, em seguida, o referido art. 7º estabelece uma série

de atribuições – em elenco exemplificativo – da autoridade central, direta ou indiretamente, entre as quais a localização da criança, as medidas tendentes à entrega voluntária dela, a facilitação da solução amigável, a troca de informações sobre a situação social da criança, a legislação do Estado aplicável às questões de guarda e visitação, a obtenção de meios de assistência judiciária e jurídica.

Entre os deveres da autoridade central, destaca-se a busca da obtenção da solução amigável para o retorno da criança (art. 7º, “c”), que deve ocorrer já no período anterior à instauração do contencioso administrativo ou judicial. O retorno voluntário da criança ao Estado de sua residência habitual acarreta o mínimo dano a ela, evita o desgaste de uma disputa judicial, gera maior chance de solução adequada do caso (inclusive com possível definição do direito de visita pelo juiz natural), reduz os custos de representação profissional, entre outras tantas vantagens.

A mediação, tal como prevista no Guia de Boas Práticas da Convenção de 1980, representa o emprego de procedimento voluntário e estruturado pelo qual o mediador facilita a comunicação entre as partes litigantes, permitindo-lhes que assumam suas responsabilidades para encontrar uma solução amigável a respeito do conflito com menor repercussão negativa para a criança.

Cabe à autoridade central, uma vez solicitada a cooperação jurídica internacional pela autoridade central de outro país ou pelo interessado particular, iniciar as medidas para instaurar os procedimentos necessários para que se dê cumprimento às normas convencionais, entre as quais a que prevê o retorno da criança ao Estado da sua residência habitual.

A autoridade central deve manter contato com outros órgãos e instituições do seu próprio Estado, além de agências internacionais (tal como a Interpol), para buscar implementar as medidas e providências necessárias visando ao retorno da criança.

O Relatório da Reunião da Comissão Especial, datado de 1989, recomenda que as autoridades centrais ajam de maneira dinâmica e efetiva, buscando facilitar os procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior celeridade. Deve haver pessoal qua-

lificado e recursos operacionais adequados, inclusive meios de comunicação mais modernos e efetivos para a transmissão ágil dos pedidos de retorno.

A atuação da Interpol para localização de crianças não presuppõe a existência de investigação policial ou persecução penal ao genitor que promoveu a transferência ou retenção ilícita da criança, fundamentando-se na existência de controle das pessoas desaparecidas em razão de cadastro gerido pela Agência Internacional.

A judicialização prematura dos litígios relacionados ao tema do sequestro internacional de crianças pode gerar a inviabilização de solução consensual e adequada do conflito. Daí a existência de recomendação de se buscar submeter o caso a profissionais que possam facilitar e estimular a construção de uma solução amigável. A autoridade central deve organizar reuniões com as pessoas envolvidas – aí incluído o genitor que agiu ilicitamente –, além de informar sobre o mecanismo de funcionamento da Convenção de 1980. Uma das medidas com maior índice de sucesso é a realização de mediação, de maneira a permitir o retorno voluntário da criança, com menor custo econômico e prejuízo emocional a todos, em especial a ela.

Na eventualidade de não ser obtido o retorno voluntário ou outro modo de solução amigável do conflito, a autoridade central deverá encaminhar o caso à Advocacia-Geral da União para análise jurídica e, se for o caso, para promover a ação judicial cabível. Mas, ainda assim, a autoridade central continuará acompanhando o desenrolar do caso, podendo promover ou auxiliar as providências referentes ao retorno, como, por exemplo, acompanhando o genitor “abandonado” no contato com a criança no Brasil, providenciando o pagamento das despesas de viagem daquele que perpetrou o ilícito, bem como de honorários advocatícios no exterior, a obtenção de visto no Estado da residência habitual da criança para o genitor brasileiro, entre outras medidas.

No Brasil, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República já conseguiu obter solução consensual de vários casos via mediação, sem que houvesse necessidade da atuação da Advocacia-

Geral da União quanto ao ajuizamento de demandas em juízo.

De modo a que seja possível a instauração do procedimento administrativo no Brasil, devem ser fornecidas informações e apresentados alguns documentos, tais como: os referentes à identidade do requerente, da criança e da pessoa que supostamente a transferiu ou reteve ilicitamente; a data do nascimento da criança (se possível); os motivos possivelmente existentes para basear o pedido de retorno da criança e outras informações disponíveis quanto à localização dela. Se não forem atendidas tais condições, ou se a autoridade central identificar a ausência de fundamento convencional do pedido de retorno, ela poderá não recebê-lo (art. 27, da Convenção de 1980), o que significa sequer determinar a instauração de procedimento, ou se já instaurado, determinar seu arquivamento. E tal decisão administrativa será informada, de imediato, ao requerente ou à autoridade central do outro Estado Parte que tenha remetido o pedido de retorno.

O pedido poderá ser instruído, ainda, com cópia autenticada da decisão ou acordo considerado relevante, atestado ou declaração emitidos pela autoridade central ou qualquer outra entidade do Estado da residência habitual da criança sobre a legislação local, e qualquer outro documento considerado relevante. Estas são peças não obrigatórias para a instauração do procedimento e, assim, podem ser fornecidas no curso deste.

Com a instauração do procedimento administrativo na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (Autoridade Central brasileira), expede-se uma notificação por carta ao genitor que está com a criança no território brasileiro (se já identificação do seu paradeiro), para o fim de ser informado do pedido apresentado pelo outro genitor, diretamente ou via autoridade central do Estado Requerente, além de possibilitar uma solução amigável para a questão litigiosa sob a intermediação da autoridade central.

2.4 Encaminhamento do caso para a Advocacia da União

A atuação da União Federal em âmbito judicial nos casos

que envolvem a aplicação da Convenção da Haia de 1980 decorre da obrigação que a República Federativa do Brasil assumiu de cumprir os compromissos internacionais relativos ao enfrentamento do sequestro internacional de crianças nos seus efeitos civis.

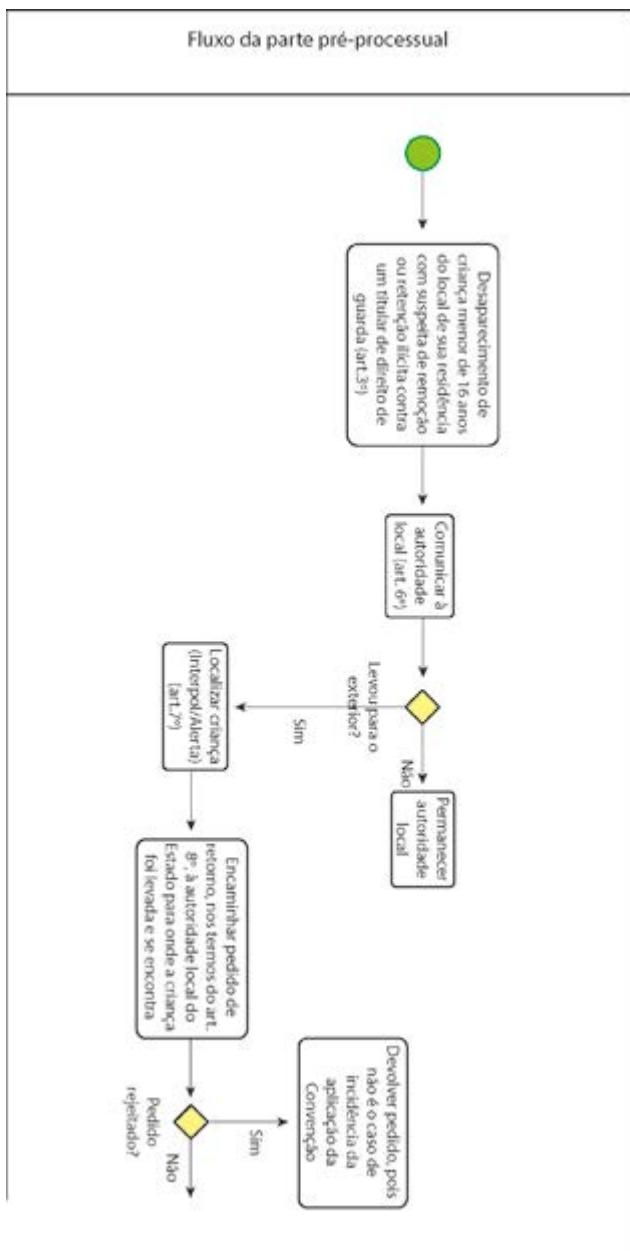
A Advocacia-Geral da União é o órgão de representação processual da União Federal em juízo e, por isso, defende seus interesses, que, no caso da incidência das normas convencionais de 1980, consistem basicamente em dar efetividade à cooperação jurídica internacional entre os Estados Partes da Convenção. A Autoridade Central brasileira – Secretaria de Direitos Humanos – é órgão integrante da Administração Pública Federal direta e, portanto, não é dotada de personalidade jurídica, daí a razão pela qual o caso é encaminhado à Advocacia-Geral da União.

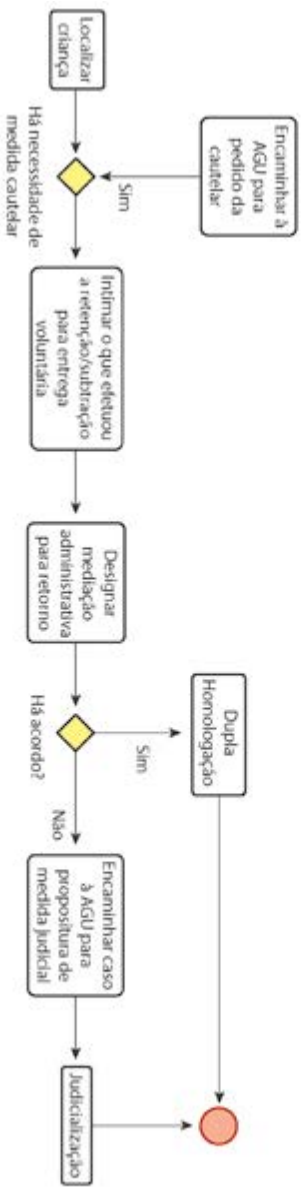
A Advocacia-Geral da União representa em juízo os interesses da União Federal e, durante a tramitação do processo, deverá permanecer em constante contato com a Autoridade Central brasileira. A Advocacia-Geral da União é estruturada com o Departamento Internacional sediado em Brasília, que reúne e consolida as orientações jurídicas e teses adotadas nos processos judiciais. O acompanhamento da tramitação dos processos junto às varas da Justiça Federal em todo território brasileiro é realizado pelas procuradorias regionais (que atuam junto aos tribunais regionais federais), procuradorias da União (que atuam junto às varas federais nas capitais do Estado e Distrito Federal) e procuradorias seccionais (que atuam junto às varas federais nas subseções judiciárias do interior dos Estados).

Em razão de divisão interna de atribuições, a Advocacia-Geral da União tem “pontos focais”, ou seja, advogados da União designados pelas respectivas chefias para atuação nos casos que envolvam aplicação das regras de Direito Internacional, em especial questões judicializadas baseadas na Convenção de 1980.

A efetiva atuação da Advocacia-Geral da União nos processos judiciais baseia-se na coordenação entre os “pontos focais” e o Departamento Internacional da AGU, que, por sua vez, mantém contato direto com a Autoridade Central brasileira.

2.5 Fluxograma da parte pré-processual





3 Procedimento judicial

3.1 Petição inicial: partes

Autor: União (AGU), ou requerente da restituição.

Réu: pessoa responsável pela remoção ou retenção ilícita.

O modelo ideal de relação processual nos casos de aplicação da Convenção da Haia de 1980 no Brasil pressupõe a presença da União como autora e da pessoa responsável pela remoção ou retenção ilícita da criança como ré. Deve-se esperar, portanto, essas pessoas como partes indicadas na petição inicial, e alguma variação há de ser detidamente controlada pelo juiz. O requerente da restituição da criança ao local de residência habitual pode agir em nome próprio, e assim poderá assumir a posição de autor no pedido de restituição.

A criança não é parte nesse processo. Como sujeito da ação jurisdicional de busca e apreensão, não integra a relação processual: é pessoa que estará eventualmente submetida ao poder jurisdicional. Dependendo de como se operam os registros do processo em cada sistema específico, talvez se torne conveniente cadastrar a criança na qualidade de “interessado”, mas nunca como autora ou ré.

3.2 Petição inicial: requisitos

Pertinência temática do pedido

A petição inicial deve estar adequada ao rito da medida cautelar de busca e apreensão (arts. 839 a 843 do CPC; cód. CNJ 181). Atendidos os requisitos genéricos dos arts. 282 e 295 do CPC, há dois elementos essenciais a considerar: 1) o pedido está restrito à busca e apreensão da criança e sua restituição à pessoa que a está postulando; e 2) a necessidade de existir prova pré-constituída suficiente para que o juiz possa examinar cautelarmente o pedido.

A falta de prova pré-constituída, essencialmente documental, pode ensejar um indeferimento de petição inicial (arts. 283 e 284 do CPC) exatamente diante da necessidade peculiar do processo cautelar de conter tais elementos.

Os pedidos deduzidos pelo autor não devem desbordar

da pretensão de restituição, e eventualmente nem algum pedido cautelar de natureza prática e imediata, como o asseguramento de permanência da criança no atual foro enquanto pendente o processo, regulação cautelar de visitas, e semelhantes. A ampliação de pedidos para outros temas, como regulação de guarda ou de visita, desborda dos objetivos restritos da medida cautelar de busca e apreensão e da previsão emergente da Convenção.

Não é exigível a caução de que trata o art. 835 do CPC, por aplicação do art. 22 da Convenção.

3.3 Petição inicial: documentos

Além do cumprimento dos requisitos dos arts. 282 e 295 do CPC, o requerente deve instruir a petição inicial com: 1) a prova de que detinha o direito de guarda ou de visita; e, 2) prova de que houve remoção ou retenção indevida da residência habitual.

A *prova da guarda ou visita* pode ser feita mediante decisões administrativas ou judiciais específicas, ou por prova de teor e vigência do Direito estrangeiro que reconheça ao requerente essa situação, como a declaração da autoridade central estrangeira.

Os *indícios da remoção ou retenção indevida da residência habitual* apresentam-se por qualquer meio, como por exemplo, a prova de residência do requerente e da convivência com a criança, a frequência escolar, ou declarações de vizinhos.

A exigência de legalização de documentos, como a autenticação, está vedada pela Convenção (art. 23), embora o juiz deva se acautelar quanto à autenticidade de documentos nos casos que não tenham tramitado por meio da autoridade central.

O juiz pode exigir a tradução juramentada para o português dos documentos que sejam apresentados em juízo, nos termos do art. 157 do CPC, e da reserva brasileira ao art. 24 da Convenção (art. 42 da Convenção).

O juiz pode conhecer diretamente o Direito estrangeiro (lei e decisões) conforme o art. 14 da Convenção, sem prejuízo de poder exigir a prova do teor e da vigência do Direito estrangeiro (art. 337 do CPC, art. 14 da LINDB). O atestado ou *declaração [...] relativos à legislação [do] Estado*

[*de residência habitual da criança*] *na matéria* (al. f do art. 8º da Convenção) fornecido pela autoridade central estrangeira no momento de requerer cooperação pode suprir a necessidade de prova do Direito estrangeiro. É elemento dispensável à admissão da petição inicial, mas caso seja necessária essa prova, certamente afetará a solução do pedido cautelar.

3.4 Requisitos para o processamento

Verificados os requisitos da petição inicial (item 3.1) e os documentos que a acompanham (item 3.2), deve o juiz concentrar-se nos requisitos substantivos de processamento, especialmente considerando que se trata de um procedimento cautelar, célere, cujo objetivo é a resolução plena sobre a restituição em, no máximo, seis semanas (art. 11 da Convenção).

A Convenção estabeleceu um limite etário objetivo de verificação de aplicabilidade sobre os sujeitos a restituição, no art. 4º: [A] *aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos*. Esse tema deverá ser examinado imediatamente após o exame formal do pedido, pois pode fulminar na base a pretensão, excluindo o processo da competência do juiz federal por não mais se aplicar à Convenção. Não é demais recordar que a competência do juiz federal para esses casos é estabelecida com base no inc. III do art. 109 da Constituição (*causas fundadas em tratado [...] da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional*): excluída a causa da aplicação da Convenção, desaparece a competência do juiz federal.

O outro elemento que tem os mesmos efeitos de exclusão de competência, por excluir a aplicação da Convenção, é a verificação sobre ser o Estado reputado de *residência habitual* da criança efetivamente parte da Convenção. A resposta negativa a essa verificação implica a não aplicação dos termos da Convenção, e consequentemente o desaparecimento do fundamento de competência do juiz federal baseado no inc. III do art. 109 da Constituição⁴. Tal requisito

4 A lista atualizada dos Estados Partes na Convenção pode ser encontrada em: <<http://www.hcch.net>>.

é aplicável inclusive aos casos de iniciativa do interessado na restituição da criança, em que não haja auxílio de autoridade central.

Não atendidos os requisitos, não há competência do juiz federal, e se impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no inc. IV do art. 267 do CPC, pois a pretensão estará fundada em preceitos de tratado internalizado no Brasil não aplicável ao caso concreto.

3.5 Procedimento aplicável

3.5.1 Legitimação ativa e passiva (precede da audiência de conciliação)

A legitimação ativa para a medida cautelar de busca e apreensão de criança fundada na Convenção se estabelece, no Brasil, em duas modalidades: 1) quando há auxílio por meio da Autoridade Central brasileira, com intervenção judicial pela União; e, 2) quando o interessado atua por conta própria.

Havendo auxílio pela Autoridade Central brasileira e atuação judicial da União, a presença desse ente como autor da medida cautelar de busca e apreensão caracterizará o polo ativo da ação. A União atuará no interesse da pessoa ou instituição que pretende a restituição da criança ao local de sua residência habitual.

Quando o interessado na restituição atuar por conta própria, deverá ele figurar no polo ativo da medida cautelar de busca e apreensão, observados pelo juiz os requisitos ordinários para admissão de parte no processo.

A legitimação passiva para a medida cautelar de busca e apreensão de criança fundada na Convenção firma-se pelo simples fato de identificar a pessoa que detém o controle parental efetivo, objetivo, fático, sobre a criança sujeito da restituição. Essa pessoa pode ou não ser quem promoveu a *remoção* ou *retenção ilícita* de que trata a Convenção, mas certamente há de ser quem terá o dever de entregar a criança para os fins de restituição.

A definição do integrante do polo passivo da medida cautelar de busca e apreensão, portanto, é feita por razões puramente

práticas, sem considerar questões jurídicas sobre guarda, controle parental abstrato, ou ações de remoção ou retenção pretéritas. Quem estiver eventualmente sujeito a cumprir a ordem de restituição entregando a criança deve figurar como réu.

3.5.2 Audiência inicial de conciliação

Com o passar do tempo de aplicação da Convenção da Haia por diversos Estados Membros, a Conferência da Haia percebeu dificuldades comuns para garantir o cumprimento da Convenção. A dificuldade de relacionar diversos sistemas jurídicos de Estados soberanos e a natureza de trato sucessivo das relações familiares envolvidas surgem como obstáculos. Vale dizer, a própria incidência da Convenção, sem um maior cuidado, poderia se tornar uma nova fonte de conflitos familiares com a criança no foco.

Desse modo, foi editado o V Guia de Boas Práticas da Convenção da Haia, cujo trabalho se iniciou em 2009 e foi concluído em abril de 2012, cujo tema é a mediação (ou conciliação) nos conflitos da Convenção da Haia.

Diante dessa diretiva, os Estados Membros tiveram que adaptar a estrutura de aplicação da convenção para introduzir o processo de busca de solução de conflito por meio consensual no procedimento.

No regime brasileiro, como não há lei estabelecendo um procedimento próprio para os processos da Convenção da Haia, não há norma regulando esse processo de busca de solução de conflitos por meio consensual. A proposta de Resolução elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, ainda não aprovada, recomenda a utilização da conciliação ou da mediação nos processos com esse objeto, ciente da maior efetividade das soluções obtidas por consenso, especialmente em conflitos de fundo familiar.

Nessa linha de pensamento, tão logo o juiz federal admita a petição inicial, deve designar uma audiência inicial cujo objetivo será a busca da solução consensual para o conflito. Essa audiência, para alcançar sua finalidade deve valer-se de todos os meios disponíveis para garantir a presença dos principais envolvidos, em

geral os genitores da criança, incluindo recursos tecnológicos para vídeo/áudio conferências. A utilidade da presença da criança deve ser avaliada em razão de sua idade e maturidade.

O juiz federal, ao preparar a audiência, deve verificar se, dada a natureza do conflito do caso concreto, é recomendável estar acompanhado de psicólogos, assistentes sociais e intérpretes, para garantir a comunicação eficiente entre todos os envolvidos. Em caso de existência no tribunal de estrutura de mediadores com formação nessa espécie de conflito, a sessão pode ser delegada pelo juiz federal a este profissional. A autoridade central deve enviar representante para ajudar na operacionalização da execução do acordo.

Tal audiência deve ter como objetivo encontrar uma solução para o conflito. Assim, deve evitar pré-julgamentos e ter a atenção para que o objeto do acordo não leve em conta assuntos que podem não ter eficácia nos ordenamentos jurídicos envolvidos, como, por exemplo, na situação da criminalização da conduta do que praticou a retenção ou remoção ilícita ou na alteração da residência habitual.

Por outro lado, alcançado um acordo, para garantir o convívio com ambos os genitores, finalidade maior da convenção, medidas de cautela devem ser adotadas. Assim, a questão de documentos de viagens, vistos entre outras medidas de custos das viagens internacionais devem ser tratadas entre as autoridades centrais para garantir maior chance de êxito ao acordo.

A redação do acordo é muito importante e deve ser feita de forma a garantir a eficácia jurídica de seus termos nos ordenamentos jurídicos relevantes envolvidos. Em muitos casos, será necessária a dupla homologação do acordo onde há um reconhecimento e declaração de executoriedade na sua jurisdição do acordo celebrado em outro foro estrangeiro.

3.5.3 Produção antecipada de prova pericial

Tendo em vista a norma do art. 12 da Convenção, é comum que a União formule o requerimento de antecipação dos efeitos da tu-

tela jurisdicional, tendente ao imediato retorno da criança ao Estado de residência habitual, na hipótese de a subtração/retenção da criança ter-se realizado há menos de um ano da solicitação de retorno.

E, é frequente, também, que, nesses casos, a União se recuse a formular o requerimento de anterior produção de prova pericial psicológica, considerando que, pela referida norma legal, a alegação de defesa concernente à adaptação da criança ao novo meio não pode ser acolhida.

Ocorre que, por ser comum, também, o uso da exceção material da alínea *b* do art. 13 da Convenção – a existência de risco psicológico grave para a criança, em caso de retorno ao Estado de residência habitual –, como meio de defesa no processo, a jurisprudência dos tribunais regionais federais e do Superior Tribunal de Justiça tende à suspensão dos efeitos do eventual provimento antecipatório, até que se produza a mencionada prova pericial e, assim, haja certeza quanto à inexistência do aludido risco.

É conveniente, pois, que a referida prova pericial psicológica seja produzida, o mais cedo possível, no processo, inclusive, para subsidiar o exame jurisdicional do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela.

A viabilidade jurídica da determinação judicial de imediata produção da prova, mesmo em face da ausência de requerimento nesse sentido, é assegurada pelas normas dos arts. 83, II, e 798, ambos do Código de Processo Civil.

A última norma apontada garante a possibilidade de o juízo determinar, de ofício, as medidas que considere adequadas à preservação, quer da eficácia da tutela jurisdicional a ser prestada no processo, quer da efetividade do contraditório que nele deve ser observado.

E, mesmo que se considere que essa norma não seja aplicável aos procedimentos cautelares específicos – entre os quais se inclui a produção antecipada de prova (arts. 846 a 851 do Código de Processo Civil) –, a ela se soma aquela do inc. II do art. 83 da mesma lei, que estabelece a viabilidade da iniciativa probatória de ofício, nos processos em que o Ministério Público intervenha como fiscal da lei.

É de conhecimento geral que, no exercício desse múnus, o Ministério Público desempenha a função de órgão processual interveniente imparcial, com o objetivo de promover a exata aplicação da Constituição e das leis.

Logo, ao assegurar a possibilidade de o *custos legis* promover a produção das provas que se considerem necessárias à apuração da verdade, o Código de Processo Civil estabelece, em última análise, a viabilidade da iniciativa probatória de ofício, promovida por um sujeito processual imparcial, nos processos que se incluam em qualquer dos tipos firmados no art. 82 dessa lei – como aquele da ação de busca e apreensão fundada na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças, abrangida pelo inc. I daquele artigo.

Ora, para a mesma razão, a mesma solução: A iniciativa legalmente assegurada a um dos sujeitos imparciais do processo há de ser reconhecida, também, e pela mesma razão, ao outro sujeito processual imparcial – o juízo. Assim, a permissão legal de iniciativa probatória do Ministério Público como fiscal da lei também assegura a iniciativa judicial probatória de ofício.

De resto, a antecipação do exame pericial é possível, observadas as condições postas pelo art. 849 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo como ocorre com a antecipação da produção da prova oral, a medida em exame deve realizar-se sob contraditório.

E, ante o que dispõe o art. 850 do Código de Processo Civil, o procedimento da medida cautelar incidente em exame é o apontado pelos arts. 420 a 439, todos da mesma lei.

3.5.4 Participação do Ministério Público Federal

A medida cautelar de busca e apreensão de criança fundada na Convenção sempre tratará de interesses de incapaz, tendo em vista o objeto restrito da ação e o estado da pessoa sujeita à medida judicial. Esse contexto fático atrai a incidência do inc. I do art. 82 do CPC, demandando a intervenção do Ministério Público Federal como *fiscal da lei*, nos termos do art. 83 do CPC. A atuação do Ministério Público Federal deve ser providenciada de ofício

pelo juiz, apesar do que dispõe o art. 84 do CPC, tendo em vista a necessária celeridade e o risco de nulidade que a falta de intervenção produz.

3.5.5 Audiência

a) Tentativa de Conciliação

Consagrado, entre outras, pela norma do art. 3º do Código de Processo Civil, o princípio do interesse processual de agir estabelece a exigência de que o autor demonstre, entre outros aspectos, a **necessidade** da tutela jurisdicional pedida para a solução do litígio deduzido em juízo.

Esse princípio fundamenta a prevalência jurídica das formas de solução consensual de conflitos de interesse (autocomposição do litígio) – transação, conciliação, mediação e arbitragem –, em relação à tutela jurisdicional (heterocomposição do litígio), ante a evidente necessidade de menor esforço para a efetivação de uma solução do conflito que tenha sido estabelecida pelos próprios litigantes.

E daí a existência de normas como as dos arts. 125, IV, 447 a 449, 475-L, VI, e 741, VI, todos do Código de Processo Civil – das quais, as duas últimas chegam, inclusive, a estabelecer a viabilidade e a preferência da solução consensual do litígio, até mesmo, após a formação da coisa julgada material⁵.

O estímulo jurídico à autocomposição do litígio é aplicável, também, ao processo da ação de busca e apreensão fundada na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças – como se verifica, por exemplo, em nor-

5 Código de Processo Civil, artigo 475-L. “A impugnação somente poderá versar sobre: [...] VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, **transação** ou prescrição, desde que **superveniente à sentença**.” (Grifo nosso).

Código de Processo Civil, artigo 741. “Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [...] VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, **transação** ou prescrição, desde que **superveniente à sentença**.” (Grifo nosso).

mas como as dos arts. 7º, c, e 10, desse diploma internacional.

Assim, em regra, é recomendável que o juízo designe uma audiência preliminar para a tentativa de conciliação, como uma das etapas iniciais do rito, logo quando do exame da admissibilidade da petição inicial – providência útil, inclusive, no esforço por dar atendimento ao prazo de seis semanas para uma solução quanto ao retorno da criança, firmado no art. 11 da Convenção.

Deve-se evitar a designação dessa audiência preliminar, somente em caso de fundado receio de que, ciente da ação proposta em juízo, a parte ré possa adotar um comportamento que frustre a efetividade da eventual tutela jurisdicional de retorno da criança ao Estado de residência habitual.

Observe-se, porém, que, em princípio, a tentativa de conciliação deverá restringir-se ao objeto material da demanda de busca e apreensão – ou seja, à maneira como se poderá efetuar o retorno seguro do infante ao Estado de residência habitual da família, para viabilizar o conhecimento da situação material da criança por seu juiz natural.

E, nesse contexto, várias providências poderão ser objeto de deliberação consensual, inclusive, alimentos provisórios e o custeio das despesas inerentes, quer ao retorno pretendido – por exemplo, para a compra de passagens internacionais e de estada no país de residência habitual – quer à prestação de assistência jurídica no processo (a ser) instaurado perante o juiz natural da criança, se não for caso de gratuidade de justiça.

b) Oitiva da criança

A Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças disciplina a prestação de cooperação judiciária internacional para a devolução de crianças ilicitamente subtraídas do Estado de residência habitual, para que sua situação jurídica material possa ser submetida ao exame do juiz natural.

Esse diploma estabelece uma presunção de que o superior

interesse da criança impõe que sua situação de fundo seja examinada pelo juiz do local de residência habitual da família. Ele é havido como juiz natural, por ter diuturno contato com os valores, a cultura e a realidade social em cujo meio a família da criança se estabeleceu, por decisão de ambos os genitores, e assim dispor de melhores meios para definir a maneira como se deverá realizar o convívio da criança com os pais.

Com isso, a Convenção estabelece que os parâmetros para o julgamento da situação da criança hão de ser os do local onde a família se tiver radicado. Em vista de tal premissa, não há como deixar de reconhecer que, com o grave dano perpetrado mediante a abdução internacional da criança, o genitor que o promove frustra, em última análise, o exame da situação de fundo da criança pelo juiz natural.

A ilícita abdução (subtração ou retenção) da criança do Estado de residência habitual da família é um grave atentado cometido contra o direito fundamental de um ser humano em desenvolvimento, que é o de conviver com ambos os progenitores, e, por eles – no caso da criança submetida à disciplina da Convenção –, com as culturas que compõem a raiz de sua família.

Em regra, a criança cuja situação é disciplinada pela Convenção da Haia de 1980 é um fruto singular de diferentes culturas nacionais, muitas vezes, separadas por grande distância geográfica. Elementos sociais e de nacionalidade de mais de uma cultura integram a situação jurídica mínima desse infante – compõem seu estatuto pessoal. São elementos inalienáveis da personalidade dessa criança, cuja preservação implica o ônus de transitar, periodicamente, entre, pelo menos, dois países.

Impedir, pois, o contato desse infante com **ambas** as vertentes de suas raízes culturais e nacionais é minar um direito fundamental dessa criança – sua própria **identidade** –, cujo exercício é assegurado, inclusive, na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, adotada, no Brasil, com o Decreto Presidencial n. 99.710, de 21 de novembro de 1990:

“Artigo 8º.

1. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados-Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.”

O superior interesse da criança há de ser respeitado. E esse interesse é o de conviver com **ambos** os genitores – e, por eles, com **ambas** as vertentes culturais e nacionais de **sua própria identidade** –, da maneira como isso vier a ser decidido pelo juiz natural.

É preciso, pois, viabilizar a cognição do juiz natural. Esse imperativo está em consonância com o devido processo da lei – justamente, o meio mais eficaz de dar pleno atendimento ao superior interesse da criança.

A criança é comparável a uma pequenina árvore. E, para que essa pequena árvore floresça e frutifique, é preciso que ela permaneça **unida** a (ambas as vertentes de) suas raízes.

Toda criança é titular do direito fundamental de convívio com os pais – **ambos**. Exigir, pois, que uma escolha seja feita – que ela opte pelo convívio com algum de seus genitores em detrimento do outro – é, talvez, a mais grave agressão que se pode perpetrar contra o superior interesse da criança. É fazê-la escolher o lado de suas raízes que será **arrancado**, aquele para o qual ela irá **tombar e fenecer**.

Assim, reconhecido com a norma do art. 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁶, antes mencionada, o direito

6 Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, art. 12:

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

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que

de oitiva desta jamais poderá ser alegado como fundamento para uma suposta escolha quanto ao genitor com que deva conviver.

Tal possibilidade configuraria um abuso de direito cometido contra o superior interesse da criança, que implicaria, ademais, a ilicitude adicional de frustrar o exame da situação jurídica material do infante pelo próprio juiz natural – uma “escolha”, aliás, que o princípio do *“due process of law”* não reconhece, sequer, a pessoas adultas, plenamente constituídas e capazes.

Admitida, portanto, em necessária consonância com os princípios e normas que tutelam o superior interesse da criança e o acesso ao juiz natural, a oitiva da criança, cuja maturidade psicológica o recomende, há de ser deliberada com a estrita finalidade de definir a maneira como se deverão efetivar as providências de retorno do infante ao Estado de residência habitual, bem como, as medidas a serem provisoriamente adotadas para regular o convívio da criança com ambos os parentais, até que se viabilize a cognição do caso pelo juiz natural.

Cumprido lembrar, por fim, que, quando for o caso, e a maturidade psicológica do infante o recomendar, a colheita da manifestação de vontade da criança poderá ser efetivada, não apenas mediante oitiva pessoal em juízo – para o que é recomendável a adoção de medidas que assegurem o **“depoimento sem dano”**, de que é exemplo a escolha de ambiente especificamente favorável para a realização do ato processual –, como também, por intermédio de profissional tecnicamente capacitado, observadas as normas de produção de prova pericial psicológica. A capacitação profissional do psicólogo torna esse auxiliar do juízo tecnicamente habilitado a colher a manifestação de vontade da criança, afastados os obstáculos que lhe tenham sido eventualmente impostos, como ocorre em casos de alienação parental.

afete a mesma, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

c) Realização de perícia

Como já mencionado, no tópico concernente à produção antecipada de prova pericial, a jurisprudência dos tribunais regionais federais e do Superior Tribunal de Justiça tende a exigir a produção da prova pericial com que se demonstre a inexistência de grave risco psicológico para a criança, em caso de retorno ao Estado de residência habitual da família, para que se reconheça a procedência do pedido de busca e apreensão do infante⁷.

Naquele mesmo tópico, esclareceu-se que a produção dessa prova pode ser determinada, de ofício, pelo juízo, com fundamento nas normas dos arts. 83, II, e 798, ambos do Código de Processo Civil.

Com efeito, a segunda norma legal apontada garante a possibilidade de o juízo determinar, de ofício, as medidas que considere adequadas à preservação, quer da eficácia da tutela jurisdicional a ser prestada no processo, quer da efetividade do contraditório que nele deve ser observado.

E, mesmo que se considere que essa norma não seja aplicável aos procedimentos cautelares específicos – entre os quais se inclui a produção antecipada de prova (arts. 846 a 851 do Código de Processo Civil) –, a ela se soma aquela do inc. II do art. 83 da mesma lei, que estabelece a viabilidade da iniciativa probatória de ofício, nos processos em que o Ministério Público intervenha como fiscal da lei.

É de conhecimento geral que, no exercício desse múnus, o Ministério Público desempenha a função de sujeito processual imparcial, com o objetivo de promover a exata aplicação da Constituição e das leis.

Assim, ao assegurar a possibilidade de o *custos legis* promover a produção das provas que se considerem necessárias à apuração da verdade, o Código de Processo Civil estabelece, em última análise, a viabilidade da iniciativa probatória de ofício, promovida por um sujeito processual imparcial – como o juízo, por exemplo –, nos

⁷ Art. 13, *b*, da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças.

processos que se incluam em qualquer dos tipos firmados no art. 82 dessa lei – como aquele da ação de busca e apreensão fundada na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional de Crianças, abrangida pelo inc. I daquele artigo.

A norma do inc. I do art. 452 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de o procedimento de produção da prova pericial encerrar-se em audiência, se houver necessidade de esclarecimento das respostas constantes do laudo técnico anteriormente apresentado.

d) Uso de videoconferência

Considerando a natureza peculiar da disciplina da Convenção da Haia de 1980 sobre a Subtração Internacional de Crianças, é comum que o litígio deduzido em juízo envolva diferentes culturas situadas a grandes distâncias geográficas, o que poderia acarretar óbice ponderável à efetividade do exercício do contraditório, no processo da ação de busca e apreensão fundada naquele diploma. Exemplos desses possíveis obstáculos são os custos de viagens internacionais e de estadas prolongadas em país estrangeiro, para o devido acompanhamento do processo.

Assim, para minimizar tais óbices e, desse modo, ampliar a efetividade do contraditório, é recomendável que o juízo se utilize, sempre que possível, dos meios tecnológicos à disposição para manter contato com os sujeitos da relação litigiosa material, bem como, com terceiros que possam contribuir para a melhor eficiência da tutela jurisdicional a ser prestada.

Nesse sentido, o uso de instrumentos eletrônicos, como a videoconferência, pode revelar grande utilidade – não apenas para facilitar o contato do juízo com um dos genitores da criança, como também, se for o caso, com autoridades judiciais e administrativas do Estado de residência habitual da família, bem como, com representantes diplomáticos e consulares desse Estado, e com o juiz de ligação.

Como visto, essa possibilidade está assegurada nos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, bem como, em nível legal ordinário, pelos §§ 1º e 2º do art. 154 do Código de Processo Civil.

3.5.6 Comunicações Judiciais Diretas – Juiz de enlace

A deliberação sobre a criação da Rede Internacional de Juízes da Haia foi formalmente introduzida no documento que sintetizou as recomendações e conclusões obtidas na 5ª Reunião da Comissão Especial, cujo objetivo foi o de rever as diretrizes para facilitar o funcionamento da Convenção da Haia de 1980⁸. A Rede, que está em constante expansão, conta atualmente com mais de 80 (oitenta) juízes, de 55 (cinquenta e cinco) Estados, em todos os continentes.

A função do juiz membro da Rede é a de ser um canal de comunicação entre os seus colegas, no âmbito interno, e entre estes e outros membros da Rede, no nível internacional. Tal comunicação pode se dar de duas maneiras. A primeira delas refere-se a assuntos de natureza geral, tais como a troca de informações sobre as orientações do Escritório Permanente da Conferência, bem como sobre as leis e o funcionamento dos órgãos judiciários do seu próprio país. A segunda forma, e que merece maior atenção, refere-se a casos concretos.

Essa comunicação tem como objetivo suprir a carência de informação que o juiz competente para analisar o pedido de retorno tenha sobre a situação da criança e as implicações legais que as suas decisões teriam no país de origem. Nesse caso, os juízes da Rede poderão ser solicitados para facilitar a efetivação das medidas que garantam o retorno seguro da criança ou, se for o caso, auxiliar no estabelecimento de medidas preventivas contra alegações de violência ou abuso.

As comunicações judiciais diretas já vêm sendo realizadas por vários juízes, e a experiência tem revelado resultados positivos quando se trata de resolver problemas práticos, especialmente quanto ao retorno da criança.

O documento elaborado pelo Escritório Permanente e endossado pela Comissão Especial (documento preliminar 3A) visa amparar a comunicação judicial direta de modo a munir de garantias não apenas os juízes envolvidos, como também as partes do processo.

8 Cf.: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3905&dtid=2>.

Funções das comunicações judiciais diretas:

- 1) obter informações de natureza geral sobre o sistema jurídico, procedimentos judiciais ou sobre autoridades envolvidas no cumprimento da Convenção; e
- 2) caso concreto – essa comunicação tem como objetivo suprir a carência de informação que o juiz competente para analisar o pedido de retorno tenha sobre a situação da criança e as implicações legal que as suas decisões teriam no país de origem. O juiz poderá também querer acertar com o juiz ou autoridade central estrangeira a efetivação das medidas que garantam o retorno seguro da criança ou, se for o caso, auxiliar no estabelecimento de medidas preventivas contra alegações de violência ou abuso.

Quem e como se poderá dar início às comunicações judiciais:

O juiz competente para apreciar o pedido de retorno deverá solicitar ao juiz membro da Rede de Juízes da Haia no seu país que inicie os procedimentos para a comunicação.

Para a segurança das partes e dos juízes envolvidos, a Conferência determinou que essa comunicação se inicie entre os juízes da Rede dos países envolvidos no caso de subtração internacional. A partir daí, os juízes da Rede entrarão em contato com os respectivos juízes competentes nos seus países e os colocarão em contato.

Não se autoriza que o juiz responsável pelo caso entre diretamente em contato com o juiz de enlace estrangeiro, sem a intermediação do seu homólogo nacional.

Como se pode fazer esse pedido:

O juiz responsável pelo caso poderá solicitar o auxílio ao juiz de enlace do seu país pelo meio que considerar mais conveniente. Em geral, esses pedidos têm sido feitos de forma simplificada, por *e-mail* em que o juiz responsável expõe sumariamente o

caso, suas dúvidas e quais as informações de que ele necessita do juiz estrangeiro e pede ao juiz de enlace a sua intervenção.

Exemplos de matérias que podem ser objeto de comunicações judiciais diretas (segundo a orientação da Conferência):

- 1) agendar com o juiz estrangeiro videoconferências de acordo com o país;
- 2) verificar quais as medidas de proteção estão disponíveis para a criança e seu genitor (a) no país de origem (para onde a criança poderá retornar);
- 3) verificar se o tribunal estrangeiro pode aceitar e cumprir os compromissos acertados pelas partes na jurisdição inicial;
- 4) verificar se o tribunal estrangeiro pode emitir uma “ordem espelho” (ou seja, a mesma ordem em ambas as jurisdições);
- 5) confirmar se as ordens foram feitas pelo tribunal estrangeiro;
- 6) verificar se as conclusões sobre violência doméstica foram feitas pelo tribunal estrangeiro;
- 7) verificar se uma transferência de competência é apropriada.

Garantias da comunicação:

Princípios gerais:

1 – cada juiz engajado nas comunicações judiciais diretas deve respeitar a lei da sua própria jurisdição;

2 – no momento da comunicação, cada juiz envolvido deve manter a sua independência para obter a sua própria decisão no caso concreto;

3 – as comunicações não devem comprometer a independência do juiz engajado em encontrar a sua própria decisão.

Garantias procedimentais:

1 – exceto em circunstâncias especiais, as partes serão no-

tificadas da natureza da comunicação judicial proposta;

2 – uma gravação da comunicação será mantida e disponibilizada para as partes;

3 – as conclusões obtidas devem ser escritas;

4 – as partes ou seus representantes devem ter a oportunidade de estar presentes em certos casos, por exemplo por via de videoconferência;

Nada nestas garantias comuns aceites inibe o juiz de seguir as regras da sua legislação doméstica ou práticas de maior alcance.

Requisitos da Comunicação

A comunicação inicial deve, em regra, ter lugar entre dois juízes da Rede da Haia, de forma a garantir a identidade do juiz vinculado à outra jurisdição;

Quando fizer contato com um juiz em outra jurisdição, a comunicação inicial deve normalmente ser por escrito e deve particularmente identificar:

1 – o nome e os detalhes do contato do juiz solicitante;

2 – a natureza do caso (com a devida garantia das preocupações quanto à confidencialidade);

3 – o ponto no qual a comunicação é buscada;

4 – se as partes previamente consentiram a que esta comunicação tivesse lugar;

5 – quando a comunicação poderia ocorrer (o tempo e o lugar para as comunicações devem atender a ambos os juízes);

6 – Os juízes devem usar a tecnologia mais apropriada de modo a se comunicar de forma mais fácil e rápida;

7 – O método inicial e a linguagem da comunicação deve, tanto quanto possível, respeitar as preferências indicadas pelos Juízes de enlace;

8 – Quando dois juízes não entendem uma língua comum, e os serviços de tradução forem requeridos, tais serviços podem ser providenciados tanto pela corte como pela autoridade central no país com a qual a comunicação é iniciada;

9 – Quando os juízes não falarem o mesmo idioma, um ou

ambos, mediante acordo, podem ter à disposição um intérprete competente e neutro;

10 – Quando apropriado, o juiz engajado nas comunicações judiciais diretas pode considerar informar à autoridade central quando e como esta comunicação ocorrerá.

Juízes de enlace designados para o Brasil:

- 1) Mônica Sifuentes – Desembargadora do TRF 1ª Região –
E-mail – monica.sifuentes@trf1.jus.br
Tel.: (61) 3314-5580
- 2) Jorge Maurique – Desembargador do TRF 4ª Região
E-mail – gmaurique@trf4.jus.br
Tel.: (51) 3213-3173 / 3213-3171

3.5.7 Decisão liminar

O deferimento de liminar está condicionado à plausibilidade das alegações e à existência de risco de dano irreparável.

A – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

Cuida-se de ação com rito simplificado por força da Convenção. Ainda que seja comumente cadastrada como Ação Cautelar, não possui tal natureza.

1ª requisito – Plausibilidade das alegações.

Requerente deve comprovar documentalmente ser detentor de guarda e ter a criança residido no exterior antes da subtração ilícita.

2º requisito – Risco de dano irreparável.

A depender da teoria da cautelaridade adotada, pode-se entender ser inexistente (no sentido de irreparabilidade não se confundir com ilicitude) ou presumir ser ínsito à situação de ilicitude.

É prudente a postergação do deferimento de liminar para momento posterior à instrução, perícia psicológica e oitiva de testemunhas, medidas que podem ser determinadas já no despacho inicial de citação. Os incidentes preliminares podem retardar o andamento processual e há o risco de instabilidade processual e

familiar em prejuízo da criança. Na sentença, pode ser deferida a antecipação dos efeitos, de ofício.

B – AÇÃO PARA GARANTIR DIREITO DE VISITA

1ª requisito – Plausibilidade das alegações.

Há de demonstrar documentalmente a constituição do direito e, pelos meios legais de prova, a restrição indevida.

2º requisito – Risco de dano irreparável.

O deferimento de liminar não gera irreversibilidade inversa, como regra. Sugere-se a adoção de cautelas para que o requerente não utilize o gozo do direito como meio para subtração da criança, por exemplo, limitação à permanência na cidade ou retenção do passaporte.

O deferimento de liminar não gera instabilidade social e familiar, a não ser que haja informação de motivo sério e justificado que tenha ensejado a restrição do acesso (agressão física ou sexual; alienação parental).

C – AÇÃO DECLARATÓRIA DE LICITUDE DA GUARDA

1ª requisito – Plausibilidade das alegações.

Requerente deve comprovar documentalmente ser detentor de guarda e ter a criança residido no Brasil, ainda que sem autorização do requerido, por inaplicabilidade da Convenção ou incidência de uma das exceções previstas na Convenção de Haia.

2º requisito – Risco de dano irreparável.

O deferimento de liminar não gera irreversibilidade inversa, como regra. Nesse caso, o requerente já está na guarda de fato da criança. O interesse na liminar está na estabilização jurídica de uma situação de fato tida como incerta.

3.5.8 Sentença e garantias de retorno

A sentença com que se reconhece a procedência do pedido de busca e apreensão de criança, fundada na Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis da Subtração Internacional de Crianças, é uma tutela jurisdicional de conhecimento condenatória que, de um lado, afirma a incompetência da Justiça brasileira para o conhecimento da situação jurídica material da criança ab-

duzida (subtraída/retida), e, de outro, fixa a obrigação de retorno seguro do infante ao Estado de residência habitual da família, para que a mencionada questão de fundo possa ser submetida ao exame do juiz natural.

A plena efetividade desse ato decisório recomenda, pois, a adoção de medidas de execução do julgado, bem como, de natureza meramente assecuratória (cautelares), que se destinem a ampliar ou preservar a eficácia de ambos os aspectos básicos da decisão, antes referidos – o que pode ser objeto de capítulo próprio, na parte final da sentença.

Os princípios do acesso à justiça e do juiz natural dão fundamento jurídico a essa recomendação. O juízo que afirma sua incompetência tem o dever de adotar medidas que preservem a eficácia da competência por ele indicada – e é esse dever que inspira normas como, por exemplo, a da parte final do *caput* do art. 120 do Código de Processo Civil⁹.

No sentido, pois, de viabilizar a **efetividade** do retorno determinado, é possível cogitar das seguintes medidas, além de outras, que se demonstrem adequadas ao caso concreto:

1. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de manutenção e vigilância de fronteiras e de trânsito internacional de pessoas, tais como, a Polícia Federal – neste caso, inclusive, para o cancelamento ou a suspensão da validade do passaporte eventualmente expedido em prol da criança –, a Infraero e a Interpol;

2. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de vigilância do trânsito nacional de pessoas, tais como, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Militar (onde houver, e se tiver atribuição de fiscalização de rodovias estaduais);

3. a comunicação da ordem de busca e apreensão aos órgãos de fiscalização do transporte marítimo, como a Capitania dos Portos;

9 Código de Processo Civil, art. 120. “Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como *no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes [...].*” (Grifo nosso)

4. a comunicação da ordem de busca e apreensão às empresas de transporte aéreo, rodoviário e marítimo, para que se abstenham de comercializar passagem para o transporte da criança; e

5. a comunicação da ordem de busca e apreensão à Autoridade Central brasileira, bem como, à(s) autoridade(s) diplomática(s) e/ou consular(es) do Estado de residência habitual da família.

Já com a finalidade de garantir a **segurança** do retorno determinado – inclusive, pelo aspecto da preservação psicológica da criança –, é possível considerar, entre outras providências:

1. a determinação de que a medida de busca e apreensão seja efetuada por dois Oficiais de Justiça (art. 842, *caput*, do Código de Processo Civil) – um dos quais, do sexo feminino –, acompanhados por psicólogo e assistente social;

2. a garantia da possibilidade de o genitor responsável pela abdução (subtração/retenção) acompanhar a criança, no retorno, e com ela permanecer, no Estado de residência habitual, até que haja decisão do juiz natural acerca da situação material da criança – caso em que, se necessário, o juízo poderá estabelecer, como condição suspensiva da efetividade da tutela de busca e apreensão, que a passagem aérea e estada desse genitor naquele país, se necessário, sejam fornecidas ou custeadas pelo Estado estrangeiro ou pelo genitor requerente do retorno;

3. a prestação de assistência jurídica ao genitor responsável pela abdução (subtração/retenção), no processo (a ser) instaurado perante o juiz natural, até que haja decisão definitiva quanto à situação jurídica material da criança – caso em que, se necessário, o juízo poderá estabelecer que o respectivo custeio seja comprovado pelo Estado estrangeiro ou pelo genitor requerente do retorno, também como condição suspensiva da efetividade da tutela de busca e apreensão; e

4. a prestação de alimentos provisórios para a criança e, se necessário, para o genitor responsável pela abdução (subtração/retenção), até que haja decisão definitiva quanto à situação jurídica material da criança, pelo juiz natural.

3.5.9 Exceções ao retorno da criança

Pressupõe a incidência da Convenção de Haia de 1980:

(A) PAÍS SIGNATÁRIO.

País signatário onde tenha residido a criança antes da subtração ilícita, e não o país da nacionalidade das partes.

Não sendo o país signatário, inexistente premissa normativa para ilicitude da conduta, ou seja, não se pode qualificar a conduta do requerido, detentor de guarda, como “subtração internacional”.

(B) PESSOA MENOR DE 16 ANOS.

Menor até 16 anos completos de idade, a ser apreciada no momento da decisão. Ou seja, mesmo que tenha havido mudança de residência antes dessa idade, a tomada de decisão após o aniversário de 16 anos torna-se prejudicada, presumindo-se haver autodeterminação da pessoa.

(C) PESSOA RESIDENTE NO EXTERIOR.

Residência habitual pressupõe estabelecimento fático e ânimo de moradia em país distinto do qual se pede o retorno.

(D) REQUERENTE DETENTOR DE GUARDA OU DE VISITA.

Sem essas premissas, não há incidência da Convenção da Haia de 1980. Contudo, mesmo configurada uma subtração ilícita internacional, o retorno pode ser recusado segundo exceções previstas na Convenção.

São previstas as seguintes exceções:

(1) NÃO EXERCÍCIO EFETIVO DA GUARDA PELO REQUERENTE (art. 13, a).

Ocorre quando se prova que havia abandono físico e emocional do requerente.

(2) CONSENTIMENTO POSTERIOR DO REQUERENTE (art. 13, a).

Deve ser entendido como o arrependimento após a mudança de residência. Como a Convenção se destina, primordialmente, para definição de competência em separação de pais, no intuito de proteger a criança, as discussões sobre a moradia futura, sem a efetiva mudança, não podem ser tomadas em conta.

(3) VONTADE DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE EM SE

MUDAR (art. 13, § 1º).

Exige-se manifestação de vontade espontânea da criança e que esta já tenha atingido idade e grau de maturidade a justificar a consideração. Não há limite de idade, a norma é aberta.

Considerando que essa demanda é passional e pode envolver conflitos parentais com reflexos no inconsciente da criança (alienação parental, inclusive), há de se ter cautela na opinião tomada, o que deve ser feito por psicólogo.

O direito brasileiro atribui certa relevância à vontade do adolescente, em contraposição à vontade da criança, como se vê da regra do art. 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”). É adolescente quem tem entre 12 anos completos de idade e 18 anos; é criança quem tem até 12 anos de idade incompletos.

(4) INTEGRAÇÃO DA CRIANÇA AO LOCAL DA SUBTRAÇÃO (art. 12, § 1º).

Não se admite essa exceção quando há menos de 1 ano entre a transferência e o início do processo de subtração ilícita.

O transcurso do prazo de um ano não é admitido como presunção de concordância do requerente. A demora do processo judicial não é causa legítima para reconhecimento de integração da criança. No art. 16, menciona-se o transcurso de “período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção”. Cuida-se de conceito indeterminado conectado ao “período considerável de inércia do requerente”. Por exemplo, mais de 5 anos de inércia configura consentimento implícito ou enseja a integração da criança. Entre dois e quatro anos de mudança de residência, vários aspectos sociais e psicológicos devem ser ponderados.

(5) RISCO DE DANO FÍSICO-PSÍQUICO AO RETORNAR (art. 13, b).

Abarca qualquer exposição a “situação intolerável”.

Há quem vincule o risco de dano físico-psíquico do retorno a uma situação de convulsão no país, como guerra civil ou catás-

trofe ambiental. A regra, contudo, não é tão restritiva. Porém, é legítima a exceção se o ambiente social for influenciado por atividades ilícitas, como tráfico de drogas e assaltos; se os familiares próximos expõem a criança à prostituição, a uso de drogas ou a abuso de bebidas.

A comprovação dessa exceção é difícil e tende a se dar por testemunhos, os quais necessitam ser ponderados e contraditados a fim de ter credibilidade. Há precedentes estrangeiros que admitem ser uma situação intolerável o fato de o genitor requerido não retornar ao país do genitor requerente. Porém, trata-se de alegação inconsistente, pois contrária à própria finalidade da Convenção.

(6) VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO FUNDAMENTAL (art. 20).

O retorno pode ser recusado quando “não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

É regra demasiadamente aberta, motivo pelo qual tem sido criticado, sugerindo a doutrina interpretação restritiva.

Pode ser invocado quando não se permite ao genitor requerido disputar adequadamente a guarda da criança no país da residência habitual, seja por não ser autorizada a entrada (negativa de visto), seja por haver risco de prisão, hipótese possível nos países que criminalizam a conduta e não há arquivamento incondicional da acusação.

3.5.10 Art. 16 da Convenção – ação de guarda e ação de restituição

3.5.11 Execução da sentença

O cumprimento de sentença de ação para garantir direito de visita e de ação declaratória de licitude de guarda se dá, basicamente, mantendo a criança no país requerido. Sendo declarado o direito de visita, este deve ser regulamentado em sentença.

Não é objeto de nenhum dos processos a disciplina da guarda. Contudo, aspectos a ela relacionados podem ser dispostos até resolução da demanda, provisoriamente, por estarem incluídos no poder geral de cautela.

Havendo acordo para retorno da criança, a guarda provisória e assuntos correlatos, como divisão de custas, hospedagem e pagamento de passagem podem ser negociados adotando-se como termo a definição no país de residência habitual. O cumprimento da busca e apreensão para devolução exige prudência e, no interesse da criança, deve-se evitar o uso de força policial.

Acolhendo-se ou rejeitando-se pedido de retorno, no desiderato de cumprimento do prazo de seis semanas para resolução, os efeitos da tutela judicial devem ser antecipados e eventual recurso deve ser recebido sem efeito suspensivo.

3.5.12 Recursos cabíveis

São idênticos nos três procedimentos (busca e apreensão, direito de visita e declaratória):

- a) Agravo de Instrumento: do deferimento, indeferimento ou postergação de liminar;
- b) Agravo retido: da rejeição de alguma medida probatória;
- c) Apelação: da sentença acolhendo ou rejeitando o pedido, ou extinguindo o processo sem resolução do mérito.

4 Referências

HCCH – Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Publications. 28: *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. (Lista de publicações da Conferência da Haia, em diversos idiomas, com artigos disponíveis para *download*). Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.publications&dtid=1&cid=24>. Acesso em 2 de outubro de 2015.

Publicação do Grupo de Trabalho instituído no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp>>. Acesso em 2 de outubro de 2015.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014.