



Fernando Rabello

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO X DIREITO DE GUARDA – ANÁLISE DO ART. 16 DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980*

57

PETITION FOR RETURN X CUSTODY RIGHT – ASSESSMENT OF ARTICLE 16 OF THE 1980 HAGUE CONVENTION

Mônica Sifuentes

RESUMO

Apresenta breve análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980, que trata dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

Trata dos problemas brasileiros para cumprir a Convenção, especialmente os relativos à existência de duas ordens jurisdicionais – federal e estadual – uma vez que ambas podem ser acionadas nos casos de subtração ou retenção indevida do menor.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional; sequestro internacional de criança; Convenção da Haia de 1980 – art. 16; Justiça Federal; Justiça estadual; ação de restituição; ação de guarda.

ABSTRACT

The author presents a brief assessment of article 16 of the 1980 Hague Convention, concerning the civil aspects of international child abduction.

She deals with the Brazilian difficulties to comply with the Convention, especially the ones regarding the two existing legal systems – state and federal – since both may be triggered in the cases of wrongful removal or retention of a child.

KEYWORDS

International Law; international child abduction; 1980 Hague Convention – article 16; Brazilian Federal Justice; Brazilian state Justice; petition for return; custody petition.

*A versão inicial deste artigo, em espanhol, intitulada Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia, Artículo 16 del Convenio de LaHaya, foi publicada como capítulo do livro La restitución internacional de La niñez, enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. (SIFUENTES, 2011)

1 INTRODUÇÃO

Já se tornou lugar comum a constatação de que o fenômeno da globalização nas áreas econômica e política teve repercussão imediata nas relações privadas, com a “internacionalização” das famílias. Casos de disputas internacionais envolvendo o direito de guarda de crianças e de visita, portanto, estão se tornando cada vez mais comuns em um mundo onde tanto as pessoas, como os bens, circulam com mais facilidade.

O princípio do interesse superior da criança é, portanto, uma norma de garantia, cuja observância é obrigatória não apenas para a autoridade administrativa que tomará conhecimento dos casos que envolvem a subtração ou retenção ilícita de menores, como também para a autoridade judicial [...]

Nesse prisma, se, por um lado, assistimos à progressiva mudança na concepção da instituição da família e do matrimônio, considerada a primeira como a base da sociedade, por outro, constata-se a contínua assunção, por parte dos Estados, da obrigação internacional e constitucional de proteção integral aos direitos e interesses dos menores. A mais recente doutrina já admite, a propósito, uma mudança no vértice do Direito de Família, que se transfere da instituição do matrimônio para a pessoa dos filhos, sendo, por isso, *puerocêntrico*. García Cano escreve que a mudança desse vértice familiar para os filhos combina *el auge del principio de la libertad de la persona con la intervención imperativa del derecho alrededor de la figura del menor, y que provoca, en última instancia, que las materias relativas a la protección del menor se desenvuelvan en una difícil dialéctica entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (GARCÍA CANO, 2004, p. 10).

É idêntica a perspectiva desse “puerocentrismo”, quando se cuida do chamado “sequestro internacional de crianças”, em que os responsáveis são os próprios pais ou pessoas próximas. As indagações que se fazem são, nesses casos, basicamente as seguintes: como proteger os filhos, quando os pais ou responsáveis pelo menor são os autores da sua subtração ao convívio do outro? Essa situação dramática alcança propor-

ções mais difíceis de solucionar quando os responsáveis pela criança são originários de países diferentes e, portanto, pertencem a outra cultura, possuem outros hábitos. Como preservar o interesse das crianças, em face desse conflito, que é, muitas vezes, também cultural?

Certamente não foi por outro motivo que a Convenção da Haia de 1980, que trata dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças, já no seu preâmbulo consagra que os *Estados* signa-

tários, *firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita*¹. Abraça a Convenção, desse modo, a visão puerocêntrica, privilegiando o interesse do menor quando os seus pais, em determinado momento, passam a residir em países diferentes.

O princípio do interesse superior da criança é, portanto, uma norma de garantia, cuja observância é obrigatória não apenas para a autoridade administrativa que tomará conhecimento dos casos que envolvem a subtração ou retenção ilícita de menores, como também para a autoridade judicial que irá analisar o pedido de restituição formulado com base na Convenção da Haia de 1980. Tagle de Ferreyra, ao escrever sobre a aplicação do princípio e sua interpretação pela autoridade judicial, identifica-o como sinônimo de “maior benefício”, ou maior vantagem, de modo que em caso da denominada “colisão de direitos fundamentais” previstos na Convenção, o interesse superior do menor sempre prevaleça. Em outras palavras, a aplicação do princípio se traduz, em termos

práticos, no seguinte: *en el caso que se produzcan algunas situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño, este principio del interés superior permitirá decidir cuál es, en orden de prelación, el que se identifica con la mayor satisfacción de los derechos y la menor restricción de ellos. Mas aún, se aplicará el principio del interés superior por sobre cualquier otro interés afectado, lo que equivale también a buscar la norma más favorable en defensa de los derechos del niño* (TAGLE DE FERREYRA, 2009, p. 281-282).

Com o presente estudo pretende-se fazer uma breve análise de artigo específico da Convenção da Haia de 1980 (art. 16), que trata da prevalência da decisão relativa ao pedido de restituição do menor, nos casos que especifica, sobre a decisão de mérito, ou seja, o julgamento sobre quem deve ficar com a sua guarda. A primeira decisão deve ser proferida pelo juiz do local onde o menor atualmente se encontra, ou seja, o local para o qual foi levado após a subtração. A segunda insere-se na competência do juiz da residência habitual do menor, antes da subtração. Pedido de restituição e guarda, portanto, à primeira vista não combinam. Ou será que sim? Vejamos.

2 A CONVENÇÃO DA HAI DE 1980 NO BRASIL – PROBLEMAS NA APLICAÇÃO

O Brasil formalmente ratificou a Convenção da Haia de 1980, que trata do *sequestro internacional de crianças*², pelo Decreto n. 3.414, de 14.04.2000. Desde então, inseriu-se no cenário dos países que, adotando a Convenção, comprometeram-se a dar tratamento prioritário aos casos envolvendo a subtração ou retenção ilícitas de crianças, no plano internacional, pelos seus pais ou responsáveis.

A Convenção da Haia sobre sequestro internacional de menores foi aprovada em 25 de outubro de 1980, pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. No entanto, ela somente entrou em vigor no Brasil em 1º de outubro do ano 2000, conforme estabeleceu o Decreto n. 3.413, ou seja, quase 20 (vinte) anos depois³. Um ano mais tarde, em 4 de outubro de 2001, foi designada a Autoridade Central para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção de 1980 (Decreto n.

3.951, de 04/10/2001).

Essa demora na internalização do procedimento resultou em uma realidade inafastável: 20 anos após a aprovação da Convenção, no plano internacional, e 8 anos após a sua aprovação, no âmbito interno, poucas pessoas no Brasil, inclusive profissionais do Direito, conheciam a Convenção.

O Brasil, desde a sua adesão, tem recebido muitas críticas da comunidade internacional no tocante ao cumprimento da Convenção. As maiores reclamações, inclusive por parte da própria Autoridade Central brasileira, referem-se à demora do procedimento judicial, o que, em geral, deve-se a três principais fatores: 1) Os conflitos de jurisdição entre a Justiça Comum, dos Estados, e a Justiça Federal; 2) Desconhecimento por parte dos juízes e dos demais operadores do Direito sobre o conteúdo da Convenção de 1980; 3) Ausência de previsão, na legislação interna, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção.

No entanto, o já mencionado fenômeno da globalização, com a consequente facilidade de circulação das pessoas, ocasionou significativo aumento dos brasileiros que resolveram se mudar para o exterior e ali constituir suas famílias. O inverso também ocorreu, de modo que houve expressivo acréscimo no número de estrangeiros que vieram para o Brasil, casaram-se com nacionais e aqui constituíram a sua prole. O desconhecimento por parte dessas pessoas sobre as responsabilidades decorrentes desses casamentos ou uniões multiculturais, principalmente quando geradores de filhos, bem como a respeito das consequências da mudança ou retorno para o seu país de origem, tem gerado problemas não apenas de natureza familiar. Chegam a representar, em alguns casos, verdadeiros incidentes diplomáticos⁴.

3 A IMPORTÂNCIA DO ART. 16 DA CONVENÇÃO DE 1980

O art. 16 é considerado de fundamental importância para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 e não deve ser por outro motivo que ele, juntamente com os arts. 12 e 13, formam o conjunto de artigos que tem sido alvo das maiores discussões nos foros internacionais. Segundo o mencionado artigo, é vedado às autoridades do Estado a quem se pede a restituição do menor decidir sobre o mérito do direito de guarda⁵, após terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do art. 3º do mesmo diploma convencional. O art. 16 da Convenção da Haia de 1980 tem a seguinte redação: *Artigo 16: Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Art. 3º, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.*

No tocante à Convenção da Haia de 1980, é necessário pontuar, inicialmente, ter sido estabelecido pelos Estados-membros, após longas discussões, que a melhor solução para o conflito seria o retorno da criança ao local da sua última residência, para que o juiz daquele país decida sobre a quem, entre os genitores, será atribuída a sua guarda.

O juiz do local da residência habitual do menor, anterior à subtração ou retenção ilícita foi considerado, pela Convenção, como o **juiz natural** para se resolver a questão relativa à sua guarda. Não se trata, portanto, de simplesmente devolver à criança ao outro genitor que ficou privado do seu convívio, mas de encaminhá-la à autoridade competente para decidir quem deverá exercer o direito de guarda do menor. A Convenção parte do pressuposto de que o juiz ou a autoridade do país da última residência habitual dispõe de melhores meios para colher provas e avaliar qual dos pais deve ficar com a criança. Leva o texto convencional em consideração ser naquele local que o menor cultivava o seu círculo de amizades, frequentava a escola, o comércio, a vizinhança, enfim, era ali que se constituía o centro das suas atividades.

O art. 16 é considerado de fundamental importância para a aplicação da Convenção da Haia de 1980 e não deve ser por outro motivo que ele, juntamente com os arts. 12 e 13, formam o conjunto de artigos que tem sido alvo das maiores discussões nos foros internacionais.

O fato de um dos genitores sair do país onde se estabeleceu a união e fugir para local diverso do seu país de residência, com os filhos, sem o consentimento do outro, é revelador de situação-limite, um conflito potencial ou já instaurado. A demora no retorno da criança ao local de origem acaba por beneficiar o autor da subtração, pois dificulta ou, em alguns casos, torna mesmo irreversível a reconstrução dos laços familiares rompidos com o afastamento. O tempo consolida a adaptação da criança ao novo meio, que nem sempre atende ao seu melhor interesse. A própria Convenção abriga no seu seio, conforme observou Nádia de Araújo, uma *contradição*: se por um lado ela *estabelece um sistema que exige o retorno imediato da criança*, por outro, *o juiz precisa apreciar toda a prova para determinar se a saída foi ilícita nos termos do art. 3º e se estão presentes as exceções que impedem a volta da* (ARAÚJO, 2006, p. 505).

Dos comentários contidos na jurisprudência sobre esse artigo, colhidos no banco de dados da Conferência da Haia (INCADAT), anota-se que: *dado que o objetivo da Convenção é assegurar a rápida restituição da criança para o seu local de residência habitual, é essencial que os procedimentos relativos ao direito de guarda da criança não sejam iniciados no Estado do refúgio*. Anota-se ainda que a importância do art. 16 da Convenção tem sido observada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em casos levados à sua apreciação⁶.

4 INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA CONVENÇÃO

Com a finalidade de promover a realização dos objetivos da Convenção quanto ao retorno da criança, a disposição contida no art. 16 busca prevenir uma decisão de mérito do direito de guarda que poderá ser obtida no Estado de refúgio (onde a criança se encontra) pela pessoa que comete a subtração. Considera-se que, agindo dessa maneira, o responsável pela subtração estaria, na realidade, fraudando o juízo natural para

a apreciação desse pedido, que é o juízo do local da residência habitual do menor. Para este fim, proíbe-se às autoridades do local para onde o subtrator fugiu julgar a questão de fundo, ou seja, o pedido de guarda em si mesmo, quando essas autoridades já foram comunicadas de que a criança foi, nos termos da Convenção, indevidamente subtraída ou retida⁷.

Considera-se que essa proibição somente cessará quando for, de qualquer modo, decidido o pedido de retorno da criança, seja essa decisão favorável ou não. A mesma ressalva se dará quando tenha decorrido período razoável de tempo sem que seja requerida a restituição do menor.

O juiz do local da residência habitual do menor, anterior à subtração ou retenção ilícita foi considerado, pela Convenção, como o juiz natural para se resolver a questão relativa à sua guarda.

A proibição de decidir sobre a guarda cessa, portanto, no momento em que são estabelecidas as condições do retorno da criança. Isso ocorrerá ou porque as partes chegaram a um acordo, ou porque foram consideradas e refutadas, na decisão que analisou o pedido, as exceções previstas nos arts. 13 e 20 da Convenção, casos em que o juiz decidirá pela procedência da restituição. Pode ocorrer ainda que o juiz acolha as exceções já mencionadas e decida pela improcedência do pedido de restituição da criança, situação em que a autoridade do local onde a criança se encontra decidirá sobre a guarda.

Outra hipótese também prevista no art. 16 refere-se à ausência de requerimento para o retorno em prazo razoável. A Convenção não esclarece o que considera **prazo razoável** após o qual, transcorrido, o juiz ou autoridade do local da subtração estaria autorizado a decidir sobre a guarda. Ao juiz caberá decidir qual será esse tempo. A leitura da Convenção, no entanto, autoriza o entendimento de que esse prazo deverá, no mínimo, ser superior a um ano. Isso porque o prazo de um ano é estabelecido pelo art. 12 para marcar a necessidade de retorno imediato da criança ao país de origem. Decorrido esse tempo, o subtrator poderá alegar que houve uma adaptação da criança ao novo meio. A possibilidade de arguição dessa exceção do art. 12 pode

ainda significar que, se o genitor prejudicado demorou mais de um ano para formular o seu pedido de restituição, não haverá de esperar que a criança tenha ficado todo esse tempo sem um guardião.

De qualquer modo, somente a decisão de mérito sobre o direito de guarda, no juízo competente, colocará um ponto final no litígio instaurado. Definida a atribuição e extensão do direito de guarda de um dos genitores em relação ao menor, os problemas que poderão surgir depois, em geral, serão relativos às visitas e alimentos.

A comunicação ou a ciência às autoridades do local do refúgio sobre a ocorrência da subtração e/ou retenção indevidas,

e que resultará na proibição de se decidir sobre a questão de fundo pode ocorrer das seguintes formas: 1) por meio do pedido de restituição feito pelo próprio interessado à autoridade competente; 2) por meio do pedido de cooperação internacional formulado pela Autoridade Central do Estado requerente.

Poderá ocorrer, ainda, no caso de dualidade de jurisdições (federal e local), que o juiz que está analisando pedido de guarda provisória, feito preventivamente pelo autor da subtração no país do refúgio, não seja o mesmo que recebeu o pedido de restituição do menor, com base na Convenção. Nesse caso, o juiz competente para apreciar a restituição, que, no Brasil, é o juiz federal, comunicará ao juiz de família (local), responsável pelo processo de guarda, que se encontra em curso o procedimento de retorno previsto na Convenção da Haia. O juiz de família deverá então suspender o processo relativo ao pedido de guarda do menor, até que se decida acerca da procedência ou improcedência do pedido de retorno. Essa proibição, no entanto, não impede, quando cabível, a utilização de medidas acauteladoras no próprio processo de restituição, como, por exemplo, o deferimento de guarda provisória ou mesmo a regulação provisória do direito de visita, tudo com vistas a atender ao interesse superior do menor.

É importante notar que o ponto relativo a quem detém ou detinha a guarda da criança, em geral, somente é tratado no processo de restituição como questão preliminar, ou seja, como juízo de admissibilidade da ação de restituição. Isso porque a Convenção de 1980, pelo seu art. 8^o, legitima apenas a pessoa, instituição ou organismo que seja titular do direito de guarda a ingressar com o pedido de restituição.

O art. 16 foi objeto de minuciosa análise pela Suprema Corte Federal da Alemanha, em caso envolvendo dois cidadãos alemães que se casaram e passaram a viver no Canadá, onde tiveram dois filhos (INCADAT, BUNDESGERICHTSHOF..., 2000). A mãe, no entanto, voltou com os filhos para a Alemanha, sem o consentimento do pai, que deu início ao processo de restituição. O procedimento correu de modo tumultuado, com várias tentativas frustradas de resolução, até que a mãe iniciou processo de divórcio na Alemanha, pedindo para si a guarda dos filhos. A Corte de Família alemã responsável pelo processo de divórcio rejeitou, no entanto, o pedido de guarda das crianças, por entender que ele era incompatível com o art. 16 da Convenção. A mãe apelou dessa decisão, tendo sido o seu recurso julgado improcedente. Quando finalmente o caso chegou ao Supremo Tribunal alemão, este decidiu que a Justiça do país do refúgio somente poderia analisar o mérito do direito de guarda nos casos em que já houvesse sido decidido o pedido de retorno, ou então quando esse pedido não houvesse sido apresentado dentro de um período razoável, após a comunicação às autoridades sobre a transferência ou retenção ilícitas. O Supremo Tribunal alemão conferiu, portanto, integral aplicabilidade ao art. 16 da Convenção de 1980.

5 O CASO BRASILEIRO – A DUALIDADE DE JURISDIÇÕES

O Brasil é uma República Federativa, na qual coexistem duas ordens jurisdicionais: a federal, que julga os processos, em geral, em que a União, suas autarquias e empresas públicas assumem a posição de parte; e a estadual, que julga os demais casos (exceto trabalhistas), como as causas relativas ao Direito de Família.

No entanto, não tem sido incomum serem as duas jurisdições acionadas para resolver a mesma situação de conflito

decorrente da subtração ou retenção da criança no Brasil. Isso ocorre porque, em geral, os genitores ou aqueles que forem responsáveis pela subtração do menor⁹, ao chegarem ao País, imediatamente se dirigem ao juiz de família nos Estados para solicitar a sua guarda provisória, que geralmente não é negada pelos juízes. A autoridade central brasileira, por sua vez, ao receber o pedido de cooperação jurídica e não logrando obter a restituição espontânea do menor, encaminha o caso para a Advocacia da União, que dá entrada ao processo de restituição do menor no âmbito da Justiça Federal. Surge um elemento complicador, que é a existência de duas ações paralelas, uma na Justiça Federal, para decidir sobre a restituição do menor ao seu país de origem, com base na Convenção da Haia de 1980, e outra na Justiça estadual, com o objetivo de decidir com quem ficará a guarda. O impasse acaba por causar maiores delongas no procedimento.

O maior embaraço para as autoridades brasileiras, portanto, no tocante ao cumprimento da Convenção, encontra-se na adequação do seu art. 16, em face da organização judiciária brasileira, que prevê duas esferas distintas de competência judicial – federal e estadual, com possibilidade de prejuízo para qualquer uma delas. É comum ocorrer, como dito, que, no momento da propositura do pedido de restituição, já esteja em curso, perante a Justiça comum dos Estados, ação para fixação do direito de guarda, proposta pelo genitor que esteja na posse da criança.

A solução para esse delicado problema, que tem sido fonte de infindáveis discussões, passa pela análise da competência das duas esferas judiciais e a escolha de um elemento de conexão entre elas, de modo a possibilitar ao menos a ciência, por ambos os juízes, dos procedimentos e providências determinadas por uma ou outra.

6 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NO BRASIL PARA ANÁLISE DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

A competência da Justiça Federal para apreciação das questões relativas aos tratados ou contratos firmados entre a União e Estado estrangeiro não tem suscitado maiores controvérsias. De fato, decorre essa competência da Constituição Federal de 1988, que assim dispôs nos arts. 21, I e 109: *Art. 21. Compete à União:*

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

[...]

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

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

[...]

Acrescente-se, ademais, ter sido designada no Brasil, pelo Decreto n. 3.915/2001, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República como autoridade central para a tramitação de pedidos relativos à aludida Convenção.

Nesse sentido também tem decidido a jurisprudência, em vários julgados. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que é sempre citado, decidiu que *sendo o local sede de vara federal, aos juízes federais compete o processo e julgamento, não só pelo interesse da União na causa, como porque assim se procede em todas as causas fundadas em tratado ou contrato da união com estado estrangeiro ou organismo*

internacional (art. 109, I e III da CF) (BRASIL, STJ, CC 3.389). Em outra oportunidade, igualmente decidiu que a competência da Justiça Federal para julgar a causa decorre *do fundamento legal do pedido, de modo que a aplicabilidade, ou não, do tratado internacional à espécie depende de juízo de mérito a ser feito pelo juiz federal, depois de processada a ação* (BRASIL, STJ, CC 16.953).

No tocante especificamente à competência para decidir sobre os casos relativos ao sequestro internacional de menores, conquanto regulados por uma convenção internacional, houve, no início de sua aplicação, dúvidas sobre qual seria o juiz competente para a apreciação dos casos por ela regulados. Isso se deveu ao fato de ser a Justiça comum dos Estados o foro competente para as ações relativas ao Direito de Família, tendo a Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-Lei n. 4.657, de 4/9/1942), fixado como elemento de conexão aplicável às demandas relativas a essas questões a lei do país em que for domiciliada a pessoa (art. 7º): *Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a competência para verificar a presença do interesse da União em integrar o processo é da Justiça Federal. Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado: **Súmula 150: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.**

A doutrina pátria, a seu turno, já fixou entendimento de que a competência da Justiça Federal se justifica, no caso, não apenas pela presença da União no litígio (via Autoridade Central ou Advocacia da União), mas principalmente por se tratar de hipótese de “tratado-contrato”, que visa constituir obrigações e direitos recíprocos entre os Estados contratantes. No caso específico da Convenção da Haia de 1980, tratar-se-ia exatamente de compromisso firmado entre os Estados-partes, de modo que justificável a incidência do art. 109, I e III, da Constituição brasileira (TIBÚRCIO, 2010).

A Convenção parte do pressuposto de que o juiz ou a autoridade do país da última residência habitual dispõe de melhores meios para colher provas e avaliar qual dos pais deve ficar com a criança.

Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar os pedidos de restituição de menores feitos com base na Convenção da Haia de 1980, considerando que: 1. A presença da União Federal no feito torna imprescindível a reunião dos feitos perante a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal; 2. O objeto de uma das demandas (no caso de conexão) ser o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, III, da Constituição Federal). (BRASIL, STJ, CC 100.345).

Desse modo, já não resta dúvida sobre a competência da Justiça Federal para apreciar os pedidos relativos à restituição

de menores com base na Convenção da Haia de 1980. Resta saber como proceder no caso em que o subtrator formulou pedido de guarda do menor perante o juiz de família local.

7 CONEXÃO ENTRE A AÇÃO DE RESTITUIÇÃO E A AÇÃO DE GUARDA – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso de haver duas ações paralelas, uma delas ajuizada perante a Justiça Federal, buscando o retorno do menor ao país de origem, e a outra ajuizada pelo subtrator perante a Justiça Estadual (local), objetivando regularizar a sua guarda, é importante saber se a Justiça Federal poderá julgar a ação de guarda, em face da conexão entre as ações, ou se deverá o juiz de família suspender a ação de guarda, nos termos do art. 16 da Convenção da Haia de 1980.

O Superior Tribunal de Justiça já possui precedentes sobre a existência de conexão entre ambas as ações. Considera que a presença da União, como autora, em uma das ações impõe a necessidade de reunião da ação de restituição e de guarda em um único foro, no caso, a Justiça Federal, cuja competência é absoluta. Isso inibiria decisões contraditórias.

O maior embaraço para as autoridades brasileiras, portanto, no tocante ao cumprimento da Convenção, encontra-se na adequação do seu art. 16, em face da organização judiciária brasileira, que prevê duas esferas distintas de competência judicial – federal e estadual [...]

Nesse sentido, vale citar os seguintes precedentes:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA ESTADUAL. GUARDA DE MENOR.

1. O conflito positivo de competência está caracterizado em razão da existência de duas demandas, que tratam da guarda da menor, configurada a conexão prevista no art. 103 do Código de Processo Civil. De rigor, portanto, a reunião dos feitos (art. 105 do Código de Processo Civil). A presença da União Federal como autora de uma das ações impõe a competência da Justiça Federal para o julgamento das demandas, tendo em vista a exclusividade do foro, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal.

2. *Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Tocantins para o julgamento das ações.* (Conflito de Competência n. 64.012/TO, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Segunda Seção, DJ de 09/11/2006)

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR EM QUE FIGURA COMO AUTORA A UNIÃO. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR TRAMITANDO NA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONEXÃO. EXISTÊNCIA.

Demonstrada a conexão entre a ação de busca e apreensão e a ação de guarda de menor, ambas envolvendo o mesmo objeto, qual seja, a guarda da criança, justifica-se a reunião de ambas para julgamento conjunto, a fim de que decisões conflitantes sejam evitadas. Na hipótese, tendo em vista que a União Federal é parte autora numa das ações, competente é o juízo federal para processar e julgar a lide.

Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo suscitante. (Conflito de Competência n. 64.120/PR, Relator Ministro CASTRO FILHO, DJ de 25/10/2006)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA CUMULADA COM POSSE E GUARDA. AÇÃO DE BUSCA, APREENSÃO E RESTITUIÇÃO DE MENOR AJUIZADA PELA UNIÃO FEDERAL COM FUNDAMENTO NA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.

1. A conexão afigura-se entre duas ou mais ações quando há entre elas identidade de objeto ou de causa de pedir, impondo a reunião das demandas para julgamento conjunto, evitando-se, assim, decisões contraditórias, o que acarretaria grave desprestígio para o

Poder Judiciário.

2. *Demonstrada a conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição e a ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva cumulada com posse e guarda, ambas com o mesmo objeto comum, qual seja, a guarda do menor, impõe-se a reunião dos processos para julgamento conjunto (arts. 115-III, e 103, CPC), a fim de se evitar decisões conflitantes e incompatíveis entre si.*

3. *A presença da União Federal nas duas causas, em uma delas na condição de autora e na outra como assistente, torna imprescindível a reunião dos feitos perante a Justiça Federal, a teor do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal.*

4. *Ademais, o objeto de uma das demandas é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (art. 109, III, da Constituição Federal).*

5. *Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Federal da 16ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado Rio de Janeiro, determinando-lhe a remessa pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Família do Foro Central do Rio de Janeiro/RJ dos autos da ação de reconhecimento de paternidade sócio-afetiva.* (CC 100.345/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 18/03/2009)

Em estudo anterior, considerei ser a suspensão do processo relativo à guarda o procedimento mais correto e recomendável (SIFUENTES, 2011, p. 45). Nesse sentido já decidi a Suprema Corte alemã, em julgado antes mencionado (INCADAT, BUNDESGERICHTSHOF..., 2000). Ademais, o Código Processual Civil brasileiro expressamente prevê a possibilidade de arguição da chamada “questão prejudicial externa”, que traz como consequência a suspensão do processo, no qual arguida, conforme se verifica do art. 265, IV, a, do diploma processual brasileiro: Art. 265. *Suspende-se o processo:*

[...]

IV - quando a sentença de mérito:

a) *depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;*

[...]

§ 5º *Nos casos enumerados nas letras a, b e c do no IV, o período de sus-*

pensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

Por esse motivo, sendo absoluta a competência da Justiça Federal e de ordem pública a matéria tratada na ação que nela tem curso (tratado internacional), deveria o juiz federal solicitar ao juiz estadual de onde tramita a ação de guarda que suspenda o processo, em virtude da prejudicial do art. 265, IV, a, do CPC. Isso porque a questão relativa ao retorno da criança terá consequências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à sua guarda.

No entanto, não é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como visto. Considera aquela Corte que as ações devem ser reunidas no foro federal, em razão da conexão existente entre elas.

Dois hipóteses poderão ocorrer: 1) o juiz federal decide favoravelmente ao retorno do menor ao seu país de origem, caso em que a ação de guarda restará prejudicada, pois a própria Convenção estabelece ser aquele juízo o competente para decidir sobre essa questão; 2) o juiz federal decide contrariamente ao retorno, por qualquer das exceções elencadas no texto convencional.

Nesse caso, poderá o juiz federal prosseguir no julgamento, e julgar, desde logo, a ação de guarda do menor? Penso que não. No momento em que resolvida a ação de restituição, termina a competência do juiz federal, pois então somente restarão as lides envolvendo o Direito de Família, tais como regulamentação da guarda, visitas e alimentos. Nesse caso, deverá o juiz federal remeter os autos ao juiz estadual, para que então decida sobre as questões remanescentes.

8 CONCLUSÕES

Do estudo realizado colhem-se as seguintes conclusões:

1) A assunção pelos Estados de obrigações relativas à proteção das crianças acabou por implicar uma mudança no vértice da proteção estatal em relação à família, do matrimônio para os filhos, pelo que se poderia falar em um Direito de Família “puerocêntrico”;

2) A Convenção da Haia de 1980 tem como base assegurar o princípio do superior interesse do menor, que deve prevalecer na ocorrência de conflito entre as suas normas;

3) A demora na internalização da Convenção da Haia de 1980, no Brasil, gerou problemas na sua aplicação, decorrentes em especial da falta de conhecimento do seu teor;

4) O ponto relativo a quem detém ou detinha a guarda da criança, em geral, somente é tratado no processo de restituição como questão preliminar, como juízo de admissibilidade da ação de restituição. Isso porque a Convenção de 1980, pelo seu art. 8º, legitima apenas a pessoa, instituição ou organismo que seja titular do direito de guarda a ingressar com o pedido de restituição.

5) O juiz do local da residência habitual do menor, anterior à subtração ou retenção ilícita, foi escolhido pela Convenção como o juiz natural para se resolver a questão relativa à sua guarda;

6) A disposição contida no art. 16 busca prevenir uma decisão de mérito do direito de guarda no Estado de refúgio, considerado como fraude ao juízo natural para decidir sobre a questão de fundo, sendo este o juiz do local da residência habitual;

7) A proibição contida no art. 16 somente cessará quando

for, de qualquer forma, decidido o pedido de retorno da criança, seja favorável ou não, quando se verificou que, de acordo com a Convenção, a devolução da criança não era recomendável. Ou então que tenha decorrido um período razoável de tempo sem que fosse requerida a sua restituição.

8) A comunicação ou a ciência às autoridades do local do refúgio sobre a ocorrência da subtração ou retenção indevidas pode ocorrer das seguintes formas: 1) por meio do pedido de restituição feito pelo próprio interessado à autoridade competente; 2) por meio do pedido de cooperação internacional formulado pela autoridade central do Estado requerente.

9) A doutrina e jurisprudência brasileiras fixaram entendimento de ser a Justiça Federal competente para apreciar o pedido de retorno com base na Convenção, não apenas pela presença da União no litígio (via autoridade central ou Advocacia da União), mas principalmente por se tratar de hipótese de “tratado-contrato”, que visa constituir obrigações e direitos recíprocos entre os Estados contratantes.

10) O juiz federal deverá solicitar ao juiz estadual de onde tramita a ação de guarda que suspenda o processo, em virtude da prejudicial do art. 265, IV, a, do CPC. Isso porque a questão relativa ao retorno da criança terá consequências imediatas sobre o cumprimento da decisão relativa à sua guarda.

11) Determinada a conexão entre as ações de restituição e de guarda, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ambos os feitos deverão ser julgados pela Justiça Federal;

12) Uma vez decidido o pedido de restituição, o juiz federal poderá, ou julgar prejudicada a ação de guarda (no caso de ter determinado a restituição do menor ao país de origem), ou então, caso improcedente o pedido de restituição, remeter os autos ao juiz estadual, para decidir sobre as questões familiares remanescentes.

NOTAS

- 1 Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980, preâmbulo.
- 2 No Brasil, a versão em português da Convenção da Haia de 1980, traduziu a expressão “*international child abduction*”, do idioma inglês, para “sequestro internacional de crianças”. O termo “sequestro”, aqui, não tem sentido penal, antes se refere ao deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual. A opção pela utilização desse termo na tradução brasileira da Convenção tem causado certa perplexidade entre os operadores do Direito e incompreensão no plano interno. Ver, a propósito, os comentários à Convenção de 1980, realizados pelo Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção da Haia, disponível no sítio eletrônico: <www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=textoConvencao>
- 3 O Brasil, dentre as Convenções da Haia, apenas ratificou, até o presente momento, dois diplomas: a Convenção da Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, e a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980.
- 4 Apenas a título de exemplo, pois fartamente noticiado pela imprensa brasileira e estrangeira, pode-se citar o caso do menor S.G., em que seu pai, o norte-americano David Goldman, lutou por vários anos na justiça brasileira pelo retorno do filho. O caso tornou-se séria questão diplomática entre o Brasil e os Estados Unidos da América, tendo constado da pauta diplomática do atual Presidente dos EUA, Barack Obama, quando da visita do Presidente do Brasil àquele País, em março de 2009.
- 5 A Convenção de 1980 define o direito de guarda ou custódia como sendo o direito relativo ao cuidado da pessoa do menor e, em particular, o de decidir sobre o local da sua residência (Art. 5º).
- 6 INCADAT (2010). São citados os seguintes casos em que se considerou a importância do art. 16 pela Corte Europeia de Direitos Humanos:

Iosub Caras v. Romania, Application No. 7198/04, (2008) 47 E.H.R.R. 35, [INCADAT cite: HC/E/ 867]; *Carlson v. Switzerland* no. 49492/06, 8 November 2008, [INCADAT cite: HC/E/ 999].

- 7 Para maiores informações, ver o *Explanatory Report* da Convenção, por Elisa Perez-Vera, acessível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779> Ainda ver Perez-Vera (2002, p. 561 e ss).
- 8 Art. 8º: *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.*
- 9 Quando a Convenção foi aprovada, em 1980, os estudos sociológicos apontavam que era o pai, em regra, o autor da subtração. Descontente com a atribuição da guarda, conferida à mãe, o pai subtraía a criança e se escondia com ela no exterior. A situação, no entanto, se inverteu, e hoje em dia é a própria mãe quem, por motivos diversos, foge com os filhos. Ver, a propósito: Dolinger (2003, p. 241-242).

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado – teoria e prática brasileira*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CC 3.389/SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, Primeira Seção, julgado em 25.05.1993, DJ 21.06.1993, p. 12330.
- _____. CC 16.953/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Seção, julgado em 26.06.1996, DJ 19.08.1996, p. 28417.
- _____. CC 100.345/RJ, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/02/2009, DJe 18/03/2009.
- DOLINGER, Jacob, *Direito internacional privado: a criança no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GARCÍA CANO, Sandra. Globalización, multiculturalismo y protección internacional del menor. In MUÑOZ, Adam; Maria Dolores y GARCÍA CANO, Sandra (coord.). *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*. Madrid: Editorial Colex, 2004.
- INCADAT. *Hague Conference*. Disponível em : <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=467&lng=1&sl=2>>. Acesso em 21 de jul. 2010.
- _____. *Bundesgerichtshof, XII. Zivilsenat (Federal Supreme Court, 12th Civil Chamber)*. Decisão de 16.08.2000. Disponível em : <<http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=467&lng=1&sl=2>> Acesso em: 21 de jul. 2010.
- PEREZ-VERA, Elisa. El convenio de la Haya sobre la sustracción internacional de menores, veinte años después. In: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. v.1. Almedina: Coimbra, 2002.
- PEREZ-VERA, Elisa, *Explanatory Report da Convenção*. Disponível em : <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779> Acesso em: 21 de jul. 2010.
- SIFUENTES, Mônica. Cuestión de fondo acerca de los derechos de custodia. Artículo 16 del Convenio de La Haya. In: TENÓRIO GODÍNEZ, Lázaro; TAGLE DE FERREYRA, Graciela (coord). *La restitución internacional de la niñez – enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela. El interés superior del niño en la restitución internacional de menores. In ROSSI, Julia; THEAUX, Denise (Coord.). *El interés superior del niño: visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Argentina: Nuevo Enfoque Jurídico, 2009.
- TIBURCIO, Cármen. A emenda Sean e a Justiça Federal. *Jornal Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 10.06.2010.

Artigo recebido em 21/8/2011.

Artigo aprovado em 24/10/2011.

Mônica Sifuentes é desembargadora do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.