



ANOTAÇÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO MECANISMO DO RETORNO IMEDIATO PREVISTO NA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

RICARDO ALVES DE LIMA

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Membro da Academia Pousoalegrense de Letras. Advogado.

FAFINA VILELA DE SOUZA

Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestra em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Processo Civil e Metodologia da Pesquisa da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogada.

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestre em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Defensor Público.

Introdução

Este texto consiste em um simples apanhado de anotações a respeito da inconstitucionalidade da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, sobretudo em relação ao mecanismo de retorno imediato.

Estruturam-se as anotações em relação à convenção, ao mecanismo de retorno imediato e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente resultando, assim, em três pequenos capítulos.

Utiliza-se a análise da doutrina e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.245 para estruturar, metodologicamente, este esforço.

1. A Convenção

Sabe-se que a internacionalização da vida e das atividades humanas – impulsionada pelo desenvolvimento dos transportes e das comunicações – tem criado novos desafios ao Direito, que é afrontado por novas situações pendentes de regulamentação e novos conflitos a reclamar pacificação¹. Com relação à interação das famílias nesse espaço, já começa a surgir, na doutrina, a ideia de um “direito internacional das famílias”².

Em específico, com relação à remoção ilegal das crianças e adolescentes, o Brasil é parte de três convenções: a Convenção sobre Restituição Internacional de Menores, aprovada em Montevideu em 1989 e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990; a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que será melhor analisada a diante; e, por fim, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças foi concebida em 1980, visando à proteção de crianças contra os efeitos danosos de uma retirada de seu ambiente de convivência. Sua entrada em vigor no plano internacional se deu em 1983 e, especificamente no Brasil, sua incorporação se deu pelo Decreto nº. 3.413 de 14 de abril de 2000.

De fato, passados 39 anos de sua elaboração, é inquestionável que houve substanciais mudanças nas situações fáticas que desafiam a sua aplicação. Inicialmente, o maior número de ocorrências envolvia os pais que, descontentes com decisões de uma determinada jurisdição, subtraíam os filhos ilegalmente. Atualmente, no entanto, a imensa maioria dos casos se dá com a subtração da criança perpetrada pela mãe, em fuga de violência, maus tratos ou ameaças. Por isso também outras fontes nacionais e internacionais surgiram, também reclamando aplicação aos mesmos casos concretos.

2. O mecanismo de retorno imediato

O mecanismo que mais se destaca na aplicação da Convenção de Haia é, sem dúvida, o do “retorno imediato”, previsto em seu art. 12³. Esse mecanismo funciona com base

¹ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 3.

² POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. As famílias nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do direito internacional privado. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019. p. 997.

³ Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo

em uma *presunção* de que o melhor para a criança é o retorno imediato ao país de residência habitual da família desfeita.

Há, entretanto, os casos que excepcionam a referida *presunção*, casos esses ligados aos riscos físicos, morais e psicológicos a que a criança estaria exposta em eventual retorno. Por isso, os artigos 12, 13 e 20 contêm hipóteses que devem ser comprovadas por aquele que se opuser ao mecanismo de retorno imediato, notadamente a plena integração da criança ao novo meio e o risco grave à criança.

Especificamente quanto ao grava risco, a exceção à devolução se admite com um caráter humanitário:

O dispositivo em causa fala em “grave risco” de que a criança fique exposta a “dano físico ou psicológico” se devolvida à jurisdição de sua residência habitual anterior, o que deve ser entendido como uma medida de caráter humanitário, visando a evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, a um ambiente social ou nacional perigoso, como um país em plena convulsão. O importante é que a criança tenha sido retirada de seu *habitat* devido ao perigo em que se encontrava e não por causa da amargura ou do ódio de um genitor.⁴

É necessário mencionar, todavia, que a aplicação da Convenção tem sido objeto de constantes questionamentos no plano nacional e internacional. Há comissões que trabalham na sua atualização no plano internacional, bem como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite no STF.

De fato, a ADI 4.245 pugna pela declaração de inconstitucionalidade da Convenção justamente por conta de interpretações equivocadas, que não se sustentam diante dos princípios fundamentais eleitos pela Constituição de 1988, interpretações como as que são dadas pela Advocacia Geral da União em seu pleito, e que não podem se sustentar diante do *melhor interesse da criança*.

Da inicial dessa ADI se extrai:

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

Como se afirmou, não se discute que a Convenção elegeu a devolução do menor como estratégia para garantir o retorno ao *status quo ante*, impedindo-se que o

perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

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

⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional privado*. T2 A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257.

mesmo sofra as consequências negativas da transferência ou retenção ilícitas perpetradas por outrem. No entanto, é essencial que os aplicadores do tratado tenham em mente que *tal unicamente se dá em função da presunção – que não é absoluta*, eis que a regra de retorno comporta exceções – *de que a devolução da criança assegura e efetiva os seus direitos, sendo-lhe benéfica*.

Assim, no vibrar o mesmo diapasão, a análise do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, que incorpora a Convenção de Haia ao Ordenamento Brasileiro, revela importante incompatibilidade do mecanismo de devolução introduzido pela Convenção – e baseado exclusivamente em presunções – com os artigos 1º, III, 2º, 5º XXXV, XXXVI, LIV e LV, 37, *caput*, 105, I, “i” e 227 da Constituição Federal de 1988.

É oportuno afirmar que esse mesmo questionamento de inconstitucionalidade é feito, bastantes vezes, pela via de defesa em ações de busca e apreensão para retorno imediato da criança. Torna-se, assim, tormentoso o funcionamento do mecanismo de cooperação internacional para a aplicação da Convenção, delineando o descompasso entre o Ordenamento⁵ e a realidade que este pretende regular.

De fato, do ponto de vista estratégico, o pedido dessa declaração da inconstitucionalidade tem caráter prejudicial. Ou seja, a declaração da inconstitucionalidade da Convenção de Haia se associa ao próprio mérito da causa, de tal sorte que, se julgado procedente tal pedido, toda a pretensão autoral de retorno imediato da criança se esvazia.

Necessário que melhor se explique o sentido da referida pretensão autoral. As ações de busca e apreensão da criança para retorno imediato são patrocinadas pela AGU – Advocacia Geral da União, em defesa desta no cumprimento de seus compromissos internacionais firmados no texto convencional.

Contudo, o cumprimento de tais compromissos se atém cegamente à presunção convencional de que, no local de origem, a criança tem seu domicílio habitual. Trata-se, assim, de violação clara ao princípio que fundamenta a República e serve de eixo para todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana. O reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, bem como sua posição privilegiada no texto constitucional, são, sem sombra de dúvidas, manifestações inequívocas de que para o nosso constituinte este princípio é basilar e informa todo o ordenamento jurídico. A dignidade, como valor inerente à pessoa, é inalienável e irrenunciável. Como princípio fundamental, goza do status de norma jurídica e reclama proteção e promoção pelo poder público e particulares.

⁵ Tomando a expressão *ordenamento jurídico* num sentido unitário, e não apenas ligado às partes – normas – que o compõem. Cf.: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

Assim, se uma convenção afronta esse fundamento, deve ser fulminada de inconstitucionalidade e tornada sem efeito. Nesse sentido, é pertinente o que se destaca do julgamento de pedido cautelar na ADI 1480/DF:

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - *No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.*

Assim, percebe-se claramente que o ato de incorporação não traz a Convenção a uma posição que sobrepaire ao ordenamento como um todo. A Convenção – em tela e qualquer outra incorporada – compõe o ordenamento e a ele deve se harmonizar. Ora, se a Constituição é a norma que fundamenta todas as outras, na medida em que lhes confere o suporte e a legitimação, também as convenções incorporadas devem atender àquilo que a Lei Maior preconiza. Especialmente, a dignidade humana e o melhor interesse da criança.

3. O melhor interesse da criança

É imperioso que se ressalte que a Convenção de Haia se orienta no mesmo princípio do *melhor interesse da criança*⁶. Sobre o referido princípio, Heloiza Helena Barboza destaca:

[F]oram reconhecidos no âmbito internacional direitos *próprios* da criança, que deixou de ocupar o papel de apenas *parte integrante* de um complexo familiar para ser mais um *membro individualizado* da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, tanto antes, quanto após o seu nascimento.⁷

Esse princípio, cujo reconhecimento vem, justamente, do Direito Internacional, deve balizar a atualização do ordenamento em relação à disciplina, evitando a judicialização excessiva. De fato, decidiu ainda em 2018, o Superior Tribunal de Justiça que o melhor interesse da criança deve prevalecer por força da Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme ementa a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. QUESTÃO DE ORDEM. EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO HIERÁRQUICA-NORMATIVA DE SUPRALEGALIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO RE 349.703. DETERMINAÇÃO DE OITIVA E PERÍCIA PSICOLÓGICA DE MENOR OBJETO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO AJUIZADA COM BASE NA CONVENÇÃO DE HAIA. 1. Ação ajuizada, na origem, com fundamento na Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, concluída na cidade de Haia, em 25/10/1980, visando o retorno de menor retida indevidamente pela genitora. 2. Hipótese em que na ação originária não foi realizada perícia psicológica na menor retida indevidamente. 3. *Situação excepcionalíssima em que deve ser garantida a aplicação do princípio constitucional do melhor interesse da criança e o disposto na Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, instrumento de direitos humanos, admitida no plano normativo interno por meio do Decreto n. 99.710/1990.* 4. O Supremo Tribunal Federal no RE 349.703 fixou a compreensão de que os diplomas internacionais sobre direitos humanos possuem caráter de supralegalidade, estando abaixo apenas da constituição, porém acima da legislação interna. 5. *Pedido de oitiva e perícia psicológica deferido considerando a prevalência absoluta do superior interesse da criança.* (STJ; EREsp 1.458.218; Proc. 2014/0127557-7; RJ; Primeira Seção; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 13/12/2017; DJE 03/05/2018; Pág. 2002).

Assim, na quadra atual do Direito de Família no Brasil, percebe-se que há uma série de temas e debates já consolidados normativa e doutrinariamente que sequer são tratados em países estrangeiros. Tome-se como exemplo a figura da alienação parental e o esforço

⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional privado*. T2 A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89 e ss.

⁷ BARBOZA, Heloiza Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In.: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belho Horizonte, Del Rey, 2000. p. 203.

empreendido na sua prevenção⁸, o reconhecimento dos direitos avoengos, notadamente no que interessa à convivência familiar, entre tantos outros.

Causa espécie que a presunção de que o retorno imediato é a melhor alternativa à criança prevaleça sobre o debate e a produção probatória relacionados aos temas de Direito de Família no Brasil. É por isso que se entende pela sua inconstitucionalidade.

Obviamente há que se reconhecer a importância da Convenção e a relevância dos esforços nela resultantes. No entanto, a sua forma atual e a base do mecanismo do retorno imediato amparada em mera presunção, levam – repita-se – à conclusão pela sua inconstitucionalidade.

Conclusão

À guisa de conclusão, retomam-se, brevemente, os elementos dessa análise. Primeiramente, a Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro não afastam o fundamento da dignidade humana e tampouco o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido, percebe-se que o mecanismo de retorno imediato, consagrado na Convenção, baseia-se em mera presunção de que o local de origem é o melhor para a criança, independentemente de quaisquer outros fatores que não os reconhecidos no texto convencional, notadamente o risco à criança.

Contudo, há que se reconhecer a necessidade de analisar – por meio de dilação probatória compatível – a existência de outros elementos que, para além da presunção convencional, demonstrem ser o Brasil o melhor local para a criança.

Conclui-se, portanto, que apesar da grande relevância da Convenção, a sua forma atual é incompatível com a Constituição Federal.

Bibliografia

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In.: *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

⁸ Por isso, pode-se considerar a legislação brasileira um conjunto maduro de medidas punitivas que alia a ampla preservação do direito à convivência familiar à garantia do saudável desenvolvimento psicológico dos infantes, pois também não retira o direito de conviver nem fragiliza a contribuição do familiar alienador no desenvolvimento psicológico do infante. WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 88.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito internacional privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional privado*. T2 A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. As famílias nas relações privadas transnacionais: aportes metodológicos do direito internacional privado. In: *Tratado de Direito das Famílias*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: aprofundando o estudo da Alienação Parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.