

Parte II – Aspectos processuais relacionados à aplicação da Convenção da Haia no Brasil

3

A ação de busca e apreensão

A adesão à Convenção mencionada implica a necessidade da designação de Autoridades Centrais, a quem incumbirá cooperarem entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção.

No Brasil, estes encargos foram conferidos à Subsecretaria de Direitos Humanos, vinculada à Secretaria Geral da Presidência da República, instituída pela Medida Provisória no. 259, de 21 de julho de 2005, posteriormente convertida na Lei no. 11.204, de 5 de dezembro de 2005.

Ainda a teor do mandamento inserido no artigo 7º. da mesma, deverão tomar, quer diretamente, quer por meio de um intermediário, todas as medidas apropriadas para localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente; evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado; assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança; manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta; e, por fim, **dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita.**

Com efeito, da leitura da parte destacada, exsurgem, inexoravelmente, algumas inquietantes indagações a serem apreciadas adiante.

A primeira delas alude ao instrumento processual a ser utilizado pela Autoridade Central com vistas à obtenção do fim colimado pela Convenção, qual seja, o retorno da criança indevidamente retida ou transferida ao local da sua residência habitual.

Encontramo-nos em um Estado Democrático de Direito, onde se deve estrita reverência ao princípio constitucional do devido processo legal, assegurando-se aos demandados o contraditório e ampla defesa.¹ Ademais, nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.²

Assim, parece-nos extreme de dúvidas que, perante o sistema constitucional reinante na República Federativa do Brasil, a Autoridade Central deverá, invariavelmente, socorrer-se do Poder Judiciário para lograr desincumbir-se de seus misteres inculpidos no dispositivo convencional supra transcrito.³

Serão abordadas a legitimidade para a causa e a competência para o processamento e julgamento da demanda, sem olvidar-se das consequências advindas do exercício da faculdade inculpada perante o artigo 29 da Convenção.⁴ A controvérsia impõe a realização de uma pesquisa histórica ao longo das Constituições brasileiras a fim de se dimensionar a competência da Justiça Federal para dar cumprimento às obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil em tratados, acordos e atos internacionais.

Outro complicador que pode ser utilizado para tornar ainda mais complexo e instigante o equacionamento da problemática exposta diz respeito ao conflito de competência instaurado para a hipótese da existência de uma anterior decisão da Vara Especializada em Direito de Família da Justiça Estadual Brasileira, que já tenha outorgado a alguém a posse e guarda da criança

1 Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

2 Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

³ A observação é pertinente na medida em que os artigos 11 e 12 da Convenção aludem, alternativamente, à autoridade judicial ou administrativa incumbida de ordenar o retorno da criança indevidamente retida ou transferida.

4 Artigo 29 – A Convenção **não impedirá qualquer pessoa**, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se **diretamente** às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, **ao abrigo ou não** das disposições da presente Convenção. (grifo nosso)

indevidamente retida ou transferida.⁵ A solução proposta passará pelo estudo do artigo 265 do Código de Processo Civil, que disciplina as hipóteses de suspensão do processo em razão da existência de uma questão prejudicial externa.

O estudo do tema em apreço não se furtará a analisar a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional (artigos 337 do Código de Processo Civil e 14 da Convenção⁶), sob a ótica constitucional da competência do Superior Tribunal de Justiça disciplinada pelo artigo 105, após as alterações da Emenda Constitucional número 45, de 8 de dezembro de 2004, e os efeitos do óbito do autor(a) da transferência ou retenção ilícitas para os fins do artigo 12 da Convenção.⁷

5 O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou algumas vezes a respeito do tema. Vide Conflitos de Competência números 64.012, 64.120 e 100.345. Recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por unanimidade, decidiu pela permanência no país de três menores brasileiros e filhos de um cidadão chileno. Há oito anos, a mãe fugiu do Chile com os filhos, sem a autorização paterna. O STJ levou em conta provas dos autos segundo as quais os menores estão ambientados e desejam permanecer no Brasil e na companhia da mãe. Foi a primeira vez que o STJ reconheceu a legitimidade da União para propor a ação de busca e apreensão dos menores em nome da República do Chile. Em função de um acordo de cooperação judiciária internacional, a União ajuizou a ação para repatriar os menores ao Chile. Conforme destacou o ministro Teori Albino Zavascki, relator do acórdão, “a Convenção da Haia (sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças), promulgada no Brasil pelo Decreto 3.087/99, contempla essa espécie de cooperação jurídica internacional, o que não se confunde com a execução de sentença estrangeira”. No mérito, no entanto, o STJ negou o pedido do recurso da União. Os ministros entenderam que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região interpretou corretamente a questão, ao analisar a condição social dos menores e o laudo psicológico. Os documentos demonstraram a vontade dos menores de permanecer no Brasil e a recomendação de que continuem com a mãe como garantia de bem-estar e do melhor acompanhamento das etapas subsequentes do desenvolvimento da vida deles. A sentença – de primeiro grau – considerou que o interesse constitucional de permanência dos menores (brasileiros natos) no território brasileiro se sobrepõe à aplicação da Convenção da Haia. No Brasil, foi dada à mãe a guarda provisória no curso de um processo para a manutenção da guarda e responsabilidade dos menores. Na ocasião da saída do Chile, a mãe fugiu com os quatro filhos do casal, mas uma das meninas já completou 18 anos. A família mora em Florianópolis (SC). No julgamento da apelação ao TRF4, também foi pedido que fosse estabelecido regime de visita em favor do pai, o que foi negado pelo risco de sequestro para fora do Brasil.

6 Para determinar a ocorrência de uma transferência ou retenção ilícitas nos termos do artigo 3º., as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis.

7 Artigo 12 – Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3º. e tenha decorrido um período de menos de um ano entre a data da transferência ou retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada ao seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido

Indubitavelmente, a reflexão acerca das questões ora ventiladas terá que estar em cotejo, obrigatoriamente, com o mandamento programático insculpido perante o caput do artigo 227 da Constituição da República, cuja literalidade estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Portanto, depreende-se, à toda evidência, que a solução das indagações formuladas passam, inevitavelmente, por um profundo estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da correta exegese da norma jurídica inserida no dispositivo constitucional em apreço.

Em conclusão, por intermédio da pesquisa científica a ser empreendida, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial, objetiva-se, especificamente, propor a sistematização do tema no tocante à utilização do instrumento processual adequado, à posição processual assumida pela Autoridade Central e à competência para conhecer da demanda eventualmente ajuizada, sem prejuízo de outras questões processuais e de direito material existentes, para que os objetivos da Convenção sejam agilmente alcançados, sem desgastes desnecessários, tanto para a família, como para a República Federativa do Brasil, perante a comunidade internacional.

3.1

Conceito

Estabelece o artigo 2º. da Convenção que “os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.” Confere, no artigo 7º., atribuição à autoridade

levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

central para que deflagre processo judicial ou administrativo que objetive o retorno da criança ou que viabilize o exercício do direito de visita.

No ordenamento jurídico brasileiro, há uma série de institutos de natureza jurídica diversificada, aos quais se confere a designação busca e apreensão.

Inicialmente, registre-se a possibilidade de uma busca e apreensão incidente, destinada a permitir a realização de uma medida cautelar. Assim, verbi gratia, é possível ocorrer, uma vez deferido o arresto ou sequestro, a necessidade de se socorrer da busca e apreensão da coisa sobre a qual incidirá a constrição judicial. Segunda espécie a ser mencionada é a busca e apreensão que tem natureza de meio executivo, previsto no artigo 625 do Código de Processo Civil, a ser utilizada na execução para entrega de coisa certa móvel. Outra hipótese é a ação de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, prevista no artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69, que tem natureza satisfativa. Um quarto tipo a ser destacado é a de busca e apreensão de incapazes – podendo ter natureza cautelar ou satisfativa, dependendo das circunstâncias. Mais um caso que se revela possível é a busca e apreensão de autos e documentos levados por uma das partes e mantidos em seu poder ilegalmente - de caráter também satisfativo. Por fim, destaca-se a única busca e apreensão propriamente cautelar, a de pessoas e coisas⁸.

O estatuto processual civil pátrio, nos artigos 839 a 843, cuida do regramento aplicável à busca e apreensão cautelar.⁹

8 SILVA, Ovídio Baptista. *Do Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, páginas 327 a 329.

⁹ Artigo 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Artigo 840. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

Artigo 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà:

I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;

II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

Artigo 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas.

§ 1º Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada.

§ 2º Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar de duas testemunhas.

§ 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.

Consiste a busca e apreensão em se apoderar de coisa ou pessoa a ser encontrada, em razão de pedido formulado por quem tenha interesse em ter materialmente a coisa ou estar com a pessoa sob sua companhia e guarda.

A expressão busca e apreensão revela-se como um todo indivisível. A medida deve ser considerada como única, malgrado se constitua de dois atos: a busca – o ato de efeito de buscar – e a apreensão – ato ou efeito de apreender. Seria inócuo buscar, e não se concretizar, em seguida, como decorrência da busca, a apreensão.

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior,¹⁰ não há separação ou autonomia entre os dois atos. Há seguimento, o buscar, e o apreender, que depende do bom êxito da busca. Há, portanto, verdadeira fusão dos dois atos.

No que se refere ao objeto, a busca e apreensão pode recair sobre coisas ou pessoas. É o que preceitua o artigo do artigo 839 do Código de Processo Civil, mencionado alhures. No primeiro caso, denomina-se busca e apreensão real. Quando o instituto se destina a apreender pessoas, é intitulada pessoal.

Pela própria natureza da medida – buscar e apreender – quando a busca e apreensão recai sobre coisas, apenas as móveis encontram-se abarcadas, ao passo que, com relação às pessoas, somente se encontram alcançados pelo instituto em comento os incapazes (menores e interditos), porquanto são estes últimos que se submetem à guarda e poder dos outros¹¹.

Ainda no que se refere à busca e apreensão de coisas, o instituto alcança os documentos - não passíveis de sequestro - sendo cabível, outrossim, nos casos de instrumentalidade a outras medidas como o arresto, sequestro e o depósito.

A natureza da busca e apreensão pode ser classificada em cautelar e em medida satisfativa principal, sendo oportuno destacar que o procedimento previsto nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil é destinado, exclusivamente, à função cautelar – à concretização da tutela instrumental de outro processo, cuja eficácia se busca assegurar.

Artigo 843. Finda a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas.

10 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 4ª. edição. São Paulo: Leud, 1980, p. 275.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, volume II, 2007, p. 653.

Os pressupostos de concessão da medida cautelar de busca e apreensão são os mesmos de qualquer provimento cautelar, vale dizer: fumus boni iuris e o periculum in mora.¹²

Elucidando a matéria, Humberto Theodoro Júnior¹³ descreve como pressupostos para a concessão da cautelar de busca e apreensão: i) fundado receio de dano jurídico (periculum in mora); e ii) interesse processual na segurança da situação de fato sobre a qual deverá incidir a prestação jurisdicional definitiva (fumus boni iuris).

Infere-se, pois, que a busca e apreensão cautelar será deferida mediante a realização de um juízo de probabilidade, já que a decisão a ser proferida em sede de processo cautelar é sempre fundada em cognição sumária.

A concessão da medida cautelar de busca e apreensão não depende da demonstração de existência de direito sobre a coisa ou guarda da pessoa (menor ou incapaz), e sim do convencimento do juiz acerca de sua probabilidade. Este requisito nada mais é do que o fumus boni iuris.

Adicione-se, ainda, como requisito, para fins de deferimento da medida cautelar de busca e apreensão a resposta afirmativa à seguinte indagação: o receio de que a demora na prestação jurisdicional acarreta risco de lesão para a eficácia do processo principal? Um pronunciamento positivo ratifica o periculum in mora para a concessão da medida.

O estatuto processual civil estabeleceu procedimento próprio (nos artigos 839 a 843) para a cautelar de busca e apreensão, sem subordiná-la a requisitos especiais, diversamente do regramento conferido ao arresto e sequestro, subordinando-se apenas aos pressupostos comuns das medidas cautelares.

O modo como se encontra regulada a busca e apreensão no Código de Processo Civil brasileiro é de caráter cautelar, podendo servir de colaboração à execução de outras medidas como o arresto, sequestro e depósito. O exercício autônomo revela-se possível, desde que no âmbito da autonomia da medida cautelar.

12 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume 2. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 335.

13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume II. 41ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 654.

A busca e apreensão cautelar não pode ser destinada à realização de direitos substanciais da parte, como sucedâneo da ação reivindicatória, nem tampouco à solução definitiva do direito à guarda de menores ou incapazes.¹⁴

Ganha relevância no presente trabalho, ainda, a utilização da busca e apreensão de incapazes, que pode assumir caráter cautelar ou satisfativo, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Se a busca e apreensão de incapaz é utilizada como forma de assegurar o resultado útil do processo principal, onde se discutirá a guarda, a medida terá caráter cautelar, aplicando-se a tal hipótese o procedimento preconizado no estatuto processual civil pátrio, nos artigos 839 a 843.

No entanto, se a guarda já estiver definida e, porventura, vier a ocorrer a sua violação, a busca e apreensão adquire caráter satisfativo. *Verbi gratia*, seria o caso em que terceiro que se encontra ilegalmente com incapaz, cuja guarda cabe ao pai ou à mãe, e que não é devolvido. Caberá, certamente, em tal situação, uma medida de busca e apreensão do incapaz, cuja natureza não se revela cautelar, e sim satisfativa.

Nessa segunda hipótese, é inadequado o ajuizamento de ação cautelar e, posteriormente, uma ação principal, porquanto a própria demanda de busca e apreensão atenderá o desiderato de satisfazer o direito dos pais que tenha sido violado por terceiro, bastando, pois, o ajuizamento de uma única ação de conhecimento pelo rito ordinário.

Nesse aspecto, oportuno trazer a lição de Humberto Theodoro Júnior:¹⁵

“Ação, outrossim, que sob o nome de busca e apreensão, seja ajuizada, por exemplo, para dirimir, em definitivo, o direito à posse ou guarda do incapaz, deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como ação cautelar, cujo rito sumário não se presta a composições de mérito.”

Na seara do Direito Internacional Privado, a busca e apreensão de menor como mecanismo de disputa da guarda vem adquirindo destaque, como se pode extrair de arestos colacionados.¹⁶

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 654.

15 *Ibid*, p. 653.

16 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 2 de agosto de 2010.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA CUMULADA COM POSSE E

3.2

O deferimento da medida liminar inaudita altera parte

Para a consecução desse objetivo, dispõe a Convenção, em seu artigo 2º, que os *“Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem a assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos*

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 (artigos 115-III, e 103, Código de Processo Civil), 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 artigo 109, I, da Constituição Federal. 4. Ademais, o objeto de uma das demandas é o cumprimento de obrigação fundada em tratado internacional (artigo 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. (STJ; SEGUNDA SEÇÃO; CC - CONFLITO DE COMPETENCIA – 100.345; REL. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO; DJE DATA:18/03/2009).

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE "ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS". COOPERAÇÃO JURÍDICA. BUSCA E APREENSÃO DE MENORES. REPATRIAÇÃO. MÃE BRASILEIRA. PAI CHILENO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ; PRIMEIRA TURMA; RESP - RECURSO ESPECIAL – 954877; REL. MIN. JOSÉ DELGADO; DJE DATA:18/09/2008).

Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. Embargos de declaração no recurso especial. Ausência de omissões. Prestação jurisdicional encerrada. Prequestionamento de dispositivos constitucionais. Vedação. - As questões suscitadas pelo embargante não constituem pontos omissos do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, sedimentados em firme ponderação e consequente escorreita aplicação dos dispositivos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, nada havendo para reformar ou esclarecer no julgado. - O que se percebe, é que busca o embargante, por meio de uma tese transversa, modificar o julgado, fugindo aos parâmetros estabelecidos pelo aludido tratado internacional, que busca, primordialmente, defender os interesses e direitos da criança, e não, como quer fazer prevalecer o embargante, os interesses dos genitores, quer seja o pai, quer seja a mãe do menor. - A tal respeito, consigne-se que cabe aos pais uma postura que minimize o sofrimento da criança, de forma que possa usufruir da presença de ambos, da melhor forma possível, sem que se sinta compelida a adotar os nem sempre muito racionais - porquanto em aberto litígio -, posicionamentos de um ou de outro genitor. - As questões trazidas à debate pelas partes não demarcam a fundamentação a ser adotada pelo julgador, que pode valer-se dos temas jurídicos que entender de Direito para alcançar o deslinde da controvérsia. - Ao STJ não é dado imiscuir-se na competência do STF, sequer para prequestionar questão constitucional suscitada em sede de embargos de declaração, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Constituição Federal. Embargos de declaração rejeitados. (STJ; TERCEIRA TURMA EDRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – 900262; REL. MIN. NANCY ANDRIGHI; DJ DATA:08/02/2008 PG:00668).

da Convenção”, devendo, para tanto, “recorrer a **procedimentos de urgência**”. Posteriormente, em seu artigo 11, menciona a Convenção a necessidade de as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes adotarem “**medidas de urgência com vistas ao retorno da criança**”.

Porque se trata de mecanismo de cooperação jurídica internacional, e tendo em vista que o objetivo perseguido pela Convenção – fazer cessar a arbitrariedade da remoção ou retenção ilícitas da criança, que possa acarretar eventual violação ao direito de guarda e visitação dos demais familiares, e submeter a questão ao crivo do Juízo competente para tanto – depende, para sua consecução, da celeridade no procedimento, nada obsta, a princípio, à adoção de medidas de urgência. Mas há que se interpretarem os dispositivos da Convenção em conformidade com o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição de 1988.

Com efeito, imperioso apreciar a questão à luz do disposto pelo artigo 12 da Convenção, que impõe o retorno **imediato** da criança ao local de sua residência habitual quando o interregno entre a data da transferência ou retenção ilícita e a deflagração do processo judicial for inferior a um ano. Em outras palavras, não indagar-se-á, para efeito do deferimento da medida initio litis no bojo da ação de busca e apreensão, acerca da adaptação da criança ao ambiente onde se encontre perante o Estado requerido, senão após dilação probatória, quando este prazo for igual ou superior a um ano.

Esclareça-se, por oportuno e necessário, que o termo a quo do prazo em epígrafe é o da **localização da criança em território nacional**, e não o de sua saída do Estado da residência habitual ou da comunicação oriunda da autoridade central estrangeira. Esta afirmação decorre da interpretação conjugada com a parte final do mesmo dispositivo em questão, haja vista existir a possibilidade de a criança ter passado por diversos Estados em seu trajeto até estabelecer-se em um local como destino final. Destarte, o prazo começa a fluir a partir da localização da criança pela autoridade central brasileira e será computado até o ajuizamento da ação de busca e apreensão.

A extrapolação do prazo fixado não impõe, necessariamente, a improcedência da pretensão deduzida, mas estabelece a necessidade de se perquirir, por intermédio da análise meritória do conjunto probatório carreado aos autos, acerca da integração da criança ao seu novo meio.

3.3

Natureza jurídica da ação de busca e apreensão

Do ponto de vista meramente procedimental, tem-se que a ação de busca, apreensão e restituição é ação autônoma, por sua natureza satisfativa, e não acessória. Trata-se de exaurimento do meritum causae em summaria cognitio. Na ação cautelar típica, de rito célere, o prazo é de cinco dias para contestação. Já a ação de conhecimento pelo rito ordinário observa os prazos gerais do Código de Processo Civil. Há um certo consenso entre os juristas acerca da aplicação a essa demanda do rito próprio da ação cautelar, observando-se, para a concessão da liminar, o preenchimento dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora.

Entretanto, ainda que se considere que, tal como afirmado pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (no julgamento da Apelação Cível nº 2005.51.01.009792-9, Relator Juiz Federal Convocado Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, in DJ de 17/11/2007), ser “*o objetivo da Convenção (...) tão-somente o de garantir a devolução da criança*”, o retorno imediato do menor e a adoção de medidas de urgência devem servir à proteção integral da criança (ou seu melhor interesse). Assim, deverão necessariamente ser observadas, para tanto, as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Uma interpretação sistemática dos dispositivos que integram a Convenção da Haia de 1980 leva à conclusão segundo a qual a decisão que eventualmente ordene o retorno da criança ao Estado de origem, por força do princípio consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição de 1988, dependerá de uma certa dilação probatória – senão de um juízo de cognição plena e exauriente acerca de diversos pontos, entre os quais a definição do local de residência habitual da criança; a caracterização da ilicitude da transferência ou retenção do menor; a constatação da inexistência dos óbices previstos no artigo 13 da Convenção –, o que se afigura incompatível com procedimentos de urgência, especialmente se inaudita altera parte.

Ao mesmo tempo, da leitura dos artigos 11 e 12 da Convenção – que preveem, respectivamente, um prazo de seis semanas, a contar da apresentação do pedido à autoridade central, para que a autoridade administrativa ou judicial emita

uma decisão (sob pena de ser compelida a declarar as razões da demora), bem como a vedação à consideração, pela autoridade competente, da alegação (a ser devidamente comprovada pela parte) quanto à adaptação da criança ao novo meio como óbice à determinação do retorno imediato se não decorrido mais de um ano entre a data da remoção ou retenção indevidas e a data do início do processo administrativo ou judicial – depreende-se que o principal objetivo da Convenção é garantir a celeridade do procedimento, sem o que suas disposições viram letra morta, pois toda a finalidade de seus institutos se esvazia.

3.4

A relevância da oitiva da manifestação volitiva da criança. O termo a quo do prazo de um ano para a tomada de providências

Note-se que, caso decorrido prazo superior a um ano entre a data da transferência ou retenção ilícita da criança e a data do início do procedimento administrativo ou judicial, há que se verificar não sua adaptação ou integração ao agente abductor, mas a adaptação ou integração ao meio social do Estado de destino, de tal forma seja capaz de desenvolver laços, de forma autônoma, com o meio.

No Brasil, a tendência da jurisprudência é a de obstar, via de regra, o retorno do menor, sempre que decorrido o prazo previsto no artigo 12 da Convenção – não obstante a redação do artigo, segundo a qual “*a autoridade (...), mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança*”, salvo quando provada sua integração ao novo meio. Entretanto, há que se ponderar que a demora no decurso dos procedimentos, quer de natureza administrativa, quer judicial, não pode servir de justificativa para o descumprimento da Convenção.

Ademais, caso decorrido um longo espaço de tempo entre a data da transferência ou retenção ilícitas e o desfecho dos procedimentos com vistas ao retorno da criança, a exceção prevista no artigo 13 da Convenção pode se tornar inaplicável, já que a manifestação de vontade da criança ou adolescente submetido(a) a processo de alienação parental estará irremediavelmente comprometida.

A despeito da redação do texto da Convenção, a Autoridade Central Administrativa Federal reputa que o prazo de ano e dia só deve começar a correr após a localização da criança no território brasileiro, em razão das dimensões continentais do país.

Países como a Austrália, França, Grã-Bretanha e Alemanha têm conseguido observar o prazo de seis semanas, previsto no artigo 11 da Convenção, enquanto na Argentina os procedimentos chegam a dois meses e na Itália, a cerca de 6 meses. No Brasil, onde os processos levam um período de tempo bem superior para chegarem a termo, a demora na solução, além do prejuízo aos envolvidos, repercute de forma negativa junto à comunidade jurídica internacional.

Há que se equilibrar, pois, a necessidade de celeridade no processamento da demanda como requisito indispensável à consecução do princípio da efetividade do processo – ela mesma uma exigência constitucional, a teor do disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição de 1988 – com a segurança jurídica, que pressupõe a observância ao devido processo legal.

3.5

A legitimatio – ativa e passiva - ad causam da União Federal e o exercício da faculdade inculpada perante o artigo 29 da Convenção¹⁷

De acordo com os artigos 6º e 7º da Convenção, “*cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção*”.

Dentre os deveres impostos à autoridade central estão o de “*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*” e “*acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado*” (artigo 7º, “f” e “g”). Quanto a este último item,

17 Artigo 29: “A Convenção não impedirá qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos Artigos 3 ou 21, de dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes, ao abrigo ou não das disposições da presente Convenção.”

merece menção o dispositivo correlato, previsto no artigo 25, segundo o qual “os nacionais de um Estado Contratante e as pessoas que habitualmente residam nesse Estado terão direito, em tudo o que esteja relacionado à aplicação da presente Convenção, à assistência judiciária e jurídica em qualquer outro Estado Contratante, nas mesmas condições dos nacionais desse outro Estado e das pessoas que nele habitualmente residem”.

O artigo 8º da Convenção prevê que: “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”.

Adiante, a Convenção ainda estatui que não será obstado a qualquer “pessoa, instituição ou organismo que julgue ter havido violação do direito de guarda ou de visita, nos termos dos artigos 3º e 21” o direito de “dirigir-se diretamente às autoridades judiciais ou administrativas de qualquer dos Estados Contratantes”, ao abrigo ou não de suas disposições (artigo 29 da Convenção).

A autoridade central administrativa federal exerce papel fundamental para assegurar o cumprimento da Convenção, não somente no âmbito judicial, como também extra-judicialmente – atuando na negociação de salvaguardas (com sustento do abductor durante o processo, cancelamento de eventuais crimes perpetrados para a retirada da criança e ainda o custeio da defesa judicial dos interesses da parte brasileira) e de prestação de assistência judiciária aos brasileiros envolvidos em litígio no exterior (já que, ao contrário do que ocorre no país, onde a assistência judiciária prestada pelo Estado se dá de forma gratuita, em muitos Estados há dispêndio para a parte), bem como custeando o regresso de crianças brasileiras, abduzidas para outros Estados, ao Brasil.

A teor do disposto no artigo 10 da Convenção, a autoridade central administrativa federal envida todos os seus esforços na tentativa de equacionar a questão extra-judicialmente, tentando obter uma solução amigável para o retorno da criança ao país de residência habitual.

No Brasil, diante do princípio da inafastabilidade de jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, a existência de acordo entre as partes, no plano administrativo, não vincula a autoridade

jurisdicional. Quando há litígio, existe uma **legitimação ordinária concorrente** entre o particular interessado e a União, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União.¹⁸

18 CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, DE 25/10/80 - DECRETO N.º 3.413/2000 - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL - RESTITUIÇÃO DE MENORES À NORUEGA - A UNIÃO FEDERAL É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA - PRECEDENTES DO STJ E DO TRF-2ª REGIÃO - GUARDA E JURISDIÇÃO (artigos 16, 17 E 19 DO DECRETO N.º 3.413/2000) - SEGURANÇA DENEGADA. I- A cooperação judiciária internacional pode se dar pela via da carta rogatória, através da homologação de sentença estrangeira ou diretamente, como é o caso dos autos, hipótese em que a União Federal não pretende executar em solo nacional a sentença estrangeira, mas tão-somente obter uma "decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega", com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, à qual o Brasil aderiu, tendo-a incorporado ao ordenamento jurídico pátrio. II- A Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças - internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000 - prevê explicitamente a promoção de medidas judiciais tendentes à restituição ao país de residência habitual de menores ilicitamente transferidos para o território nacional. III- A União postula, pela via oblíqua, os interesses da Noruega - Estado requerente da cooperação judiciária internacional - de ver restituídos para o seu território os menores que ali residiam até o momento da ilícita transferência para o Brasil. IV- Em sede de cooperação judiciária direta, não se busca o cumprimento de ordem judicial estrangeira, pretendendo-se, no caso vertente, a obtenção de decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega. V- Precedentes: STJ REsp 954.877; TRF-2ª REGIÃO AC 200551010097929). VI- A questão da guarda e a jurisdição apropriada para apreciá-la são matérias disciplinadas pela Convenção da Haia nos dispositivos dos artigos 16, 17 e 19, não cabendo à Justiça brasileira tomar para si o conhecimento de questão que compete à jurisdição de outro Estado. VII- Ainda que exista decisum do Judiciário Brasileiro definindo questões de guarda e visitas, o Estado Brasileiro, por meio do Poder Judiciário, não pode negar pedido de restituição de menores se os requisitos do Tratado estiverem presentes. VIII- A decisão tomada nos autos de ação de guarda não pode impedir o cumprimento de decisão que deferiu a restituição dos menores, ou mesmo prejudicar o prosseguimento da ação por meio da qual se busca tal devolução, sob pena de afronta aos compromissos internacionais da República Federativa do Brasil assumidos quando da ratificação e internalização da Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças. IX- Segurança denegada, cassando-se liminar ab initio concedida no presente mandamus. (MS 2009.02.01.004118-6 TRF 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 28/07/2009, Relator(a) Desembargador Federal Raldênio Bonifacio).

INTERNACIONAL. REMOÇÃO ILÍCITA DE MENOR. CONVENÇÃO DA HAIA. MÉRITO DA GUARDA. IMPERTINÊNCIA. INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Dos termos do artigo 7º, letra f, da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Haia, 25.10.1980), promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 14.04.2000, depreendem-se a legitimidade ativa ad causam e o interesse processual da União, porquanto foi designada, no Brasil, como Autoridade Central a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. Demais, o pai do menor ingressou no processo como litisconsorte ativo superveniente, tanto quanto basta para justificar o exame do meritum causae. 2. Para determinar a ocorrência de transferência ou retenção ilícitas, prescreve o artigo 14 da Convenção, as autoridades judiciais do Estado requerido "poderão tomar ciência diretamente do direito e das decisões judiciais ou administrativas, formalmente reconhecidas ou não, no Estado de residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis", inexistindo afronta ao artigo 105, I, i, da CF, inclusive porque o conhecimento direto das decisões estrangeiras assim previsto não está sujeito à eficácia vinculante típica de decisões judiciais transitadas em julgado. 3. Inexiste error in procedendo se o juiz não esmiúça provas que se mostram irrelevantes à vista do entendimento consagrado na sentença. 4. A ratio essendi da Convenção sobre Sequestro é coibir o deslocamento ilegal de crianças e permitir a rápida devolução ao país de sua residência habitual anterior ao sequestro, onde deverá ser apreciado o mérito do direito de guarda (artigos 16 e 17). A ideia é tudo

Essa atuação da Advocacia Geral União vem sendo questionada no meio jurídico, já que reputada, por alguns, inconstitucional. No bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.245, afirmou-se que “*o ajuizamento de ações judiciais de busca e apreensão de menores ou de regulamentação de visitas pela União será constitucional se – e somente se – tal providência, em harmonia com a melhor tradição republicana, possuir aptidão para atender a interesses de caráter eminentemente público*”, o que não se daria nas demandas em foco, nas quais o Judiciário é chamado a dirimir conflitos de natureza exclusiva ou preponderantemente particular. Nesse sentido, a credibilidade do país no cenário internacional seria mero interesse reflexo, insuscetível de gerar a legitimação ativa da União para a causa.

Na citada Ação Direta de Inconstitucionalidade, tomou-se como exemplo outras demandas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, de competência da Justiça Federal, na forma do artigo 109, inciso III, da Constituição de 1988: ainda que inquestionável o interesse do país no plano internacional, quando da aplicação das normas internalizadas a casos concretos – por exemplo, nos casos de ação de responsabilidade civil envolvendo questão afeta a transporte aéreo internacional, regulado pela Convenção de Varsóvia, ou habeas corpus no caso de prisão civil de depositário infiel, com fundamento no Pacto de San José da Costa Rica – não haveria interesse a justificar a presença da União em um dos polos da relação jurídica de direito processual.

fazer para que a criança possa, no futuro mais próximo possível, manter contato com ambos os pais, mesmo que estes estejam vivendo em países diferentes. 5. As exceções à regra da devolução da criança (artigos 13 e 20) devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de a Convenção se tornar letra morta e admitir-se o estímulo à remoção ilícita, na medida em que a divergência entre os pais seria transferida ilegalmente para apreciação na jurisdição à qual a criança foi sequestrada, provavelmente o país do sequestrador. Como ensina Jacob Dolinger, as exceções devem ser entendidas em 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".

6. Como decidiu a Suprema Corte da Argentina, "o objetivo da Convenção da Haia é precisamente procurar o melhor interesse da criança (Convenção dos Direitos da Criança), dando fim ao deslocamento ou à manutenção ilícita." 7. A Convenção da Haia atende perfeitamente não apenas aos direitos "à liberdade e à convivência familiar e comunitária" do menor - que não se reduzem, por óbvio, à família e comunidade do sequestrador -, assegurados na Constituição da República (artigo 227), como também ao direito de ser a criança cuidada pelos pais e de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas, como asseguram os artigos 7º e 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. 8. Apelação improvida. (AC 399087 TRF 2ª Região, 7ª Turma Especializada, Data do Julgamento: 17/10/2007, Relator(a) Juiz Luiz Paulo S. Araújo Fº/no afastamento do Relator).

Afirmou-se, ainda, na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, que a Constituição não atribuiu à Advocacia Geral da União a defesa de interesses privados, não havendo razão que justificasse o Estado, por meio da União, demandar contra o particular o cumprimento de um tratado internacional, quando a demanda deveria ser proposta pelo interessado, o particular ou o Estado estrangeiro, como sói acontecer nos casos julgados pela Corte de Direitos Humanos de San José da Costa Rica.

Nesse particular, as alegações do autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade encontram reflexo na doutrina. O Juiz de Direito Breno Beutler Junior, em palestra proferida durante o *I Seminário sobre Sequestro Internacional de Crianças*, em Brasília, promovido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, em painel intitulado “*Ação de Restituição e Ação de Guarda: As Competências da Justiça Federal e da Justiça Comum*” defendeu, com base no princípio da prioridade absoluta do interesse da criança e do adolescente, consagrado no artigo 227 da Constituição de 1988, e à luz do critério da especialização, a vis attractiva das Varas da Infância e da Juventude.

Sustentou aquele palestrante a inaplicabilidade do dispositivo previsto no inciso I do artigo 109 da Constituição de 1988, quando se tratar de sequestro internacional de menor. Citando o Juiz de Direito Eduardo Rezende Melo, afirmou que “*embora a Convenção preveja obrigações aos Estados contratantes quanto à observância do direito de guarda e de visita, o interesse primeiro tutelado é o da criança e de sua família – tanto assim que o artigo 8º da Convenção principia o rol de legitimação da postulação por retorno de crianças com menção a pessoas, não a Estados estrangeiros*”.

Na defesa dessa linha de argumentação, o palestrante trabalhou com a noção de ilegitimidade ativa da União, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União, defendendo a adoção da solução proposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos seus artigos 200 a 205 – qual seja, a nomeação do Ministério Público ou mesmo da Defensoria Pública para atuarem, em legitimação extraordinária, como sujeitos ativos da relação jurídica de direito processual, em função atípica, porém legítima, diante do objeto da tutela jurisdicional em jogo: a proteção ao menor.

No entanto, a legitimação ordinária da União decorre do interesse direto da República Federativa do Brasil no feito, eis que não se trata, apenas, de mero interesse reflexo na aplicação de norma veiculada em tratado e internalizada a caso concreto, mas de cumprimento, pelo Brasil, de **obrigação** assumida no plano internacional. É que a Convenção da Haia de 1980 – ao contrário da Convenção da Haia sobre Adoção Internacional, por exemplo – pode ser incluída na clássica definição de tratado-contrato. Assim, mais do que mera fonte de Direito, caso do tratado-lei, a Convenção, instrumento de cooperação jurídica internacional, efetivamente impõe aos Estados ratificantes uma obrigação específica.

Nesse sentido, merece menção trecho do voto proferido pelo Desembargador Relator Guilherme Calmon Nogueira da Gama, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.02.01.007963-3 pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.¹⁹

Assim, para a fixação da competência da Justiça Federal para o conhecimento, processamento e julgamento de tais demandas, haveria que se conjugar os critérios ratione personae e ratione materiae previstos nos incisos I e III do artigo 109 da Constituição de 1988. Portanto, mesmo as demandas propostas inicialmente apenas pelo particular seriam da competência da Justiça Federal.

Eventuais desdobramentos que decorrem dessa legitimação ordinária concorrente seriam os seguintes:

- a) no caso da ação de busca, apreensão e restituição do menor ao Estado de origem, com fundamento na Convenção da Haia de 1980, ter sido ajuizada no Brasil diretamente pelo particular interessado, patrocinado por Advogado próprio, a Advocacia Geral da União vem entendendo que a União deve ingressar no feito caso a autoridade central do Estado requerente manifeste seu interesse em demandar conjuntamente com o particular;

¹⁹ “A competência da Justiça Federal se justifica em razão da presença do interesse da União Federal como representante do Estado brasileiro para garantir a cooperação jurídica internacional, ainda que, em termos práticos, somente haja a presença de particulares como partes da ação. Na realidade, a Convenção tem nítida natureza de ato internacional com missão precípua de cooperação internacional”.

- b) há decisões que defendam que esse ingresso da União deva ser na qualidade de assistente;
- c) também há decisões que defendam a existência de litisconsórcio **passivo** necessário entre a União e o abductor do menor, com fundamento no artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil – mas é uma tese que ainda precisa ser amadurecida;
- d) no caso da ação de busca, apreensão e restituição do menor ao Estado de origem, com fundamento na Convenção da Haia de 1980, ter sido ajuizada no Brasil pela União, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União, há decisões que entendam que o ingresso do particular no polo ativo da relação jurídica de direito processual terá o caráter de intervenção litisconsorcial voluntária, como decorrência de sua co-legitimação ordinária para a causa.

É útil frisar que a relação jurídica de direito material subjacente a ambos os legitimados ativos para a causa, a União e o particular, é totalmente distinta.

Deve-se atentar para o fato de que nada obsta, a princípio, que o próprio abductor da criança – que, em tese, seria o réu da demanda – ajuíze, também perante a Justiça Federal, ação condenatória em face da União, do familiar “abandonado” e do Estado da residência habitual, em litisconsórcio passivo necessário, com vistas à abstenção da autoridade a determinar o retorno do menor ao Estado de origem.

Como também nada obsta a que o abductor da criança ajuíze, como sói acontecer, ação de guarda, que envolve a aplicação do Direito de Família, perante a Justiça Estadual.

Nessas hipóteses, será o Juízo Federal o competente para o conhecimento e processamento de ambas as demandas, a serem reunidas, por força do fenômeno processual da conexão? Será também o competente para decidir sobre a guarda e visitação caso o pedido de busca, apreensão e restituição do menor ao Estado requerente seja julgado improcedente? A matéria é uma das mais controvertidas no âmbito dos estudos sobre a Convenção da Haia de 1980.

Já se mencionou a posição do Juiz de Direito BRENO BEUTLER JUNIOR, defendendo, com base no princípio da prioridade absoluta do interesse

da criança e do adolescente, consagrado no artigo 227 da Constituição de 1988, e à luz do critério da especialização, a vis attractiva das Varas da Infância e da Juventude, posto que competentes para o processamento e julgamento de demandas envolvendo interesse de menores, mesmo quando fundadas na Convenção da Haia de 1980.

Argumenta que, embora sabido ter a competência jurisdicional fonte direta na Constituição – sendo taxativa a competência da Justiça Federal e residual a da Justiça do Estado –, haveria que se atentar para o próprio escopo da Convenção da Haia, qual seja, a proteção do interesse da criança e do adolescente, a partir do postulado do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo o qual a infância demanda, por sua própria natureza, **proteção especial** do Estado. Daí porque a especialização em razão da matéria, como decorrência de preceito internacional, deveria encontrar, no quadro institucional nacional, a devida correspondência.

Merece menção, ainda, o já citado voto do Desembargador Relator Guilherme Calmon Nogueira da Gama, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.02.01.007963-3, pela 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Naquele recurso, a mãe da criança, ré na ação de busca, apreensão e restituição de menor, insurgiu-se, entre outros itens, contra a decisão do Juízo de 1º grau, que determinou a reunião daquele processo à ação versando sobre a guarda da criança, então em processamento perante a Justiça Estadual. Alegou a recorrente, em síntese, a incompetência da Justiça Federal para conhecer, processar e julgar o processo afeto ao direito de guarda. Requereu, portanto, a reforma da decisão agravada, declarando-se a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o pedido de guarda formulado nos autos do processo nº 2008.001.264217-9.

No voto, o Relator, ressaltando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da existência de conexão entre a ação de busca, apreensão e restituição de menor, com fundamento na Convenção da Haia de 1980, e a ação de guarda, destacou não se poder cogitar de conexão entre as demandas, eis que no âmbito da Justiça Federal a ação a ser analisada, processada e julgada diria respeito, tão-somente, a matéria de cooperação jurídica internacional.

Pode parecer que a possibilidade de decisão, pelo Poder Judiciário do Estado requerido, sobre o direito dos familiares à guarda da criança e/ou à visitação, colida com os preceitos ditados pelos artigos 16 e 17 da Convenção.²⁰

A constitucionalidade de tais artigos foi, inclusive, questionada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, na já mencionada Ação nº 4.245, posto que em possível confronto com o princípio expresso no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, que consagra o amplo acesso à Justiça – ressaltando que, muito embora o ordenamento jurídico pátrio preveja a possibilidade de limitação do alcance da cognição do juiz, não se admite o sacrifício desproporcional de um direito fundamental, tal como a tutela do melhor interesse da criança, em benefício do direito de guarda. Entendeu o autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade que tais dispositivos deveriam ser objeto de filtragem constitucional, temperada sua interpretação à luz do disposto na Constituição de 1988, em especial em seu artigo 227, ponderando que:

“achando-se o magistrado brasileiro sujeito à autoridade da Constituição Federal, jamais poderá deixar de, no caso concreto, apreciar questões ligadas ao fundo de direito de guarda, caso isto se faça necessário para a concretização do princípio da proteção integral da criança. Deixar de fazê-lo, como preceitua a norma internacional, significaria privilegiar o direito de guarda em detrimento do melhor interesse da criança, em eloquente afronta à Constituição da República”.

Argumentou o autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, se há decisão nacional envolvendo a questão afeta à guarda, com base na aplicação do princípio da proteção ao menor, tal decisão necessariamente deveria ser considerada, especialmente em razão da aplicação do princípio da harmonia e independência entre os Poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição de 1988, por não ser *“lícito aos Poderes Executivo e Legislativo assumir compromisso*

²⁰ Artigo 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança nos termos do Artigo 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.

Artigo 17. O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.

internacional que ignore a autoridade das decisões do Poder Judiciário brasileiro”.

Aduziu nada ser “*mais nuclear no princípio da separação dos Poderes que a autoridade e eficácia das decisões judiciais, elementos imprescindível da harmonia e equilíbrio entre os três Poderes*”, atingindo a norma prevista no artigo 17 da Convenção “*o cerne do artigo 2º da Constituição, esvaziando o Judiciário como Poder independente da União*”.

Adicionalmente, destacou-se, na citada Ação Direta de Inconstitucionalidade, eventual ofensa à proteção aos efeitos da coisa julgada, consagrada no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, se desconsiderados os efeitos de coisa julgada “*que haja, eventualmente, consolidado determinada situação jurídica de guarda frente aos preceitos da Convenção*”, salientando o autor da demanda que “*em casos que tais, a coisa julgada, mais do que base para a recusa da devolução da criança, vinculará a própria decisão de indeferimento*”.

Todavia, o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, não resta violado pelas disposições acima. Considerando-se o escopo da Convenção, qual seja, o de assegurar a observância ao princípio do Juiz natural, o que se tem, via de consequência, é a **limitação da atividade cognitiva do Juiz no Estado requerido**, já que, uma vez constatada a ilicitude da transferência ou da retenção do menor, vedado ao Juiz do Estado requerido emitir pronunciamento sobre a guarda da criança, sob pena de violação ao princípio do Juiz natural.

De fato, o principal objetivo da Convenção, como já dito, é a proteção ao princípio do Juiz natural. Quando o Juiz do Estado requerido se utiliza, por exemplo, da lei vigente no Estado de residência habitual do menor para decidir sobre a ilegalidade ou não da transferência ou retenção da criança, automaticamente está reconhecendo sua incompetência para decidir qualquer questão afeta à guarda do menor.

Embora a Convenção não conceitue o termo “melhor interesse da criança”, prevê, como regra geral, o retorno imediato do menor ao local de sua residência habitual, para que lá o Juiz natural possa efetivamente decidir todas as questões afetas à proteção do interesse do menor, inclusive sobre a quem caberia sua guarda. Retira-se, pois, do abductor a prerrogativa de decidir onde e com quem

a criança deverá residir, devolvendo-a ao Poder Judiciário do Estado de origem – porque o competente para tanto. Nesse aspecto, busca-se fazer cessar a ilegalidade perpetrada por um dos genitores, ou outro familiar, ou mesmo um terceiro, conferindo-se certeza jurídica à situação do menor – que, em caso contrário, permaneceria indefinida e precária.

Entretanto, nada obsta a que, durante o decurso do processo, o Juízo do Estado requerido decida, ainda que em caráter provisório, algumas questões afetas ao direito de guarda e de visitação. Na verdade, deve fazê-lo, de modo a definir, ainda que circunstancialmente, a situação jurídica do menor.

Adicionalmente, imperioso mencionar que o artigo 26 dispõe sobre medidas acessórias que podem ser adotadas pela autoridade administrativa ou judicial quando da decisão sobre o retorno da criança.

3.6

Aplicação e prova do direito estrangeiro pelo juiz nacional

A globalização é fenômeno mundial que não apenas acarreta a reformulação do clássico conceito de soberania, bem como pressupõe um enorme tráfego de bens, serviços e pessoas, acarretando inexoráveis conflitos de interesses.

Surge, destarte, a imperiosa necessidade dos Estados cooperarem entre si, milenar praxe internacional (comitas gentium = cortesia internacional) traduzida por meio do princípio constitucional insculpido no artigo 4º., inciso IX, da Constituição da República. Três são as modalidades de cooperação: homologação de sentença estrangeira, carta rogatória e auxílio direto.

A aplicação da Convenção da Haia sobre sequestro internacional de crianças pressupõe a aplicação do direito do local da residência habitual da criança, vale dizer, estrangeiro, pelo juiz nacional, a fim de saber-se se a remoção ou retenção foram ou não ilícitas.

A Convenção da Haia satisfaz essa preocupação na medida em que possibilita o retorno do menor indevidamente subtraído ou privado de seu domicílio regular.

Ocorre que esta competência conferida pelo legislador constitucional ao juiz federal (artigo 109, inciso III) implica a inafastável necessidade de aplicar

direito estrangeiro a fim de saber se a remoção ou retenção do menor foi ilícita ou não. Com efeito, não é toda remoção ou retenção que se afiguram ilícitas, podendo, assim, o pedido realizado na ação de busca e apreensão, que busca fazer cumprir o tratado, ser julgado improcedente, conforme se denota da leitura do artigo 3º., inciso III do Decreto 3.413/00.

No tocante à aplicação do direito estrangeiro, alguns questionamentos se colocam, a teor da análise dos artigos 14 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro e 337 do Código de Processo Civil.

Aprioristicamente, impende indagar se o direito estrangeiro é reputado como fato ou como direito, pela ordem jurídica interna positiva.

As consequências são importantes, pois se fato for, o onus probandi incumbe a quem alega, a teor do artigo 333, inciso I, Código de Processo Civil.

Por outro lado, se direito, jura novit curia.

A despeito da posição topográfica do dispositivo em epígrafe, inserido no capítulo das provas, consubstancia-se o direito estrangeiro em direito, não impedindo, todavia, que o juiz que o aplicar transfira para a parte o encargo de provar-lhe o teor e a vigência.

Se não for alegado, pode o juiz fazê-lo de ofício? Indubitavelmente, a resposta é afirmativa, conforme de depreende da leitura do artigo 408 do Código Bustamante.²¹ A doutrina sempre sustentou a obrigatoriedade da aplicação de ofício do direito estrangeiro. Não pode o juiz deixar de resolver o litígio sob a alegação de que não conhece o teor e a vigência do direito estrangeiro. O juiz não possui o arbítrio de aplicar a lei estrangeira ou a lei interna, pois incumbe-lhe aplicar a lei competente.

A fim de provar a vigência e a eficácia do direito estrangeiro, recomenda o princípio da plena efetividade processual que o juiz, investido na fé pública que lhe é outorgada pelo ordenamento, socorra-se dos meios eletrônicos à sua disposição, verbi gratia, a Lei no. 9.800, artigo 154, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

21 Os juízes e tribunais de cada Estado contratante aplicarão de ofício, quando for o caso, as leis dos demais, sem prejuízo dos meios probatórios a que este capítulo se refere.

O artigo 409 do Código Bustamante²² alude aos *affidavits* (declaração sobre juramento) ou ofício à representação diplomática. Inolvidáveis são a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, de 1979 e Protocolo de Las Leñas, que alude à autoridade central.

Na remota hipótese da absoluta impossibilidade de se descobrir o teor da lei estrangeira, três soluções são preconizadas: julgar improcedente o pedido, aplicar o direito provavelmente vigente ou presumir que a lei estrangeira seja igual à *lex fori*. Optou-se pela última no julgamento do Recurso Especial no. 254.544/MG.²³

O direito estrangeiro é interpretado à luz dos princípios hermenêuticos existentes perante o país de origem, a teor da diretriz prevista perante o artigo 409 do Código Bustamante. Assim pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário no. 93.131/MG, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento em 17 de dezembro (Revista Trimestral de Jurisprudência no. 101-3, página 1149).

Importante consignar que a aplicação do direito estrangeiro enseja o manejo do recurso especial e da ação rescisória, a teor do artigo 412 do Código Bustamante.

Especificamente no tocante à Convenção da Haia, vale lembrar que tanto a parte final do citado artigo 14 – “*sem ter de recorrer a procedimentos específicos para a comprovação dessa legislação ou para o reconhecimento de decisões estrangeiras que seriam de outra forma aplicáveis*” – quanto o artigo 15 da Convenção – “*as autoridades judiciais ou administrativas de um Estado Contratante podem, antes de ordenar o retorno da criança, solicitar a produção pelo requerente de decisão ou de atestado passado pelas autoridades do Estado de residência habitual da criança comprovando que a transferência ou retenção deu-se de forma ilícita nos termos do artigo 3º da Convenção, desde que essa decisão ou atestado possam ser obtidas no referido Estado*” – não implicam

22 A parte que invoque a aplicação do direito de qualquer Estado contratante em um dos outros, ou dele divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigência e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate.

23 “Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas de DIPri, caberá ao juiz fazê-lo de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o juiz aplicará o direito nacional.”

violação, como defendem alguns, à norma prevista no artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição de 1988, em usurpação de competência de Tribunal Superior.

É sabido que, se não preenchidos os requisitos formais e substanciais para a homologação de sentença estrangeira, esta não é apta a produzir quaisquer efeitos, já que a norma a que alude o artigo 483 do Código de Processo Civil aplica-se a quaisquer efeitos da sentença, e não somente ao seu efeito executivo. Assim, há uma corrente sustentando a tese segundo a qual não seria dado às autoridades judiciais e administrativas brasileiras atribuir efeitos a decisões judiciais estrangeiras, quaisquer que sejam (primários ou secundários; executórios ou meramente probantes), sem que previamente homologado o decisum pelo Superior Tribunal de Justiça, ou concedido o necessário exequatur, afigurando-se inadmissível que a autoridade judicial ou administrativa brasileira tome em consideração decisão proferida no exterior para formular juízo quanto ao direito de guarda alegado pela parte requerente, ou mesmo quanto ao cabimento da devolução da criança, ante o risco de que a decisão proferida no Estado estrangeiro não tenha respeitado o devido processo legal, com as garantias ao contraditório e à ampla defesa.

Todavia, não se trata de dar eficácia a sentença ou decisão estrangeira. A homologação de sentença estrangeira é procedimento de cooperação jurisdicional internacional passiva previsto na Constituição de 1988, por meio do qual o Direito pátrio regulamenta a realização de atos públicos nacionais, administrativos ou jurisdicionais, instrumentais à função jurisdicional estrangeira.

Não é o caso. Os dispositivos previstos nos artigos 14 e 15 da Convenção se referem à possibilidade de o Juízo do Estado requerido obter subsídios, na forma de documentos produzidos pelo Estado requerente, para a formação da convicção sobre a ilicitude ou não da transferência ou retenção do menor, na forma prevista no artigo 3º da Convenção – quando tal transferência ou retenção viole um direito de guarda resultante de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o Direito do Estado requerente.

3.7

A atuação da magistratura estadual em relação aos aspectos civis do sequestro internacional de menores

Quando uma pretensão autoral for deduzida perante juízo vinculado a um tribunal de justiça objetivando obtenção de guarda ou regulamentação de visitação de menor, em face de demandado domiciliado no exterior, possivelmente, tratar-se-á de sequestro internacional de criança. Estar-se-á diante de hipótese tecnicamente definida como questão prejudicial.

Prejudicialidade é uma especial relação entre demandas, pela qual o julgamento de uma delas interfere no teor da decisão da outra; sempre que uma relação jurídica substancial irradie uma pluralidade de efeitos, o julgamento sobre a existência ou inexistência dela própria é pressuposto da procedência ou improcedência da demanda em que se pede a realização de um desses efeitos²⁴.

As questões prejudiciais são entendidas como *questões* (pontos de fato ou de direito controvertidos) que *constituem antecedente lógico* para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor, mas que *não são decididas* pelo juiz da causa, porquanto *resolvidas apenas incidentalmente*, na medida em que sobre tais questões ninguém pede decisão específica, ou seja, *não integram o pedido formulado pelo autor*; e o juiz somente pode proferir sentença, que seja efetivamente de mérito, em relação ao pedido formulado pelo autor, conforme determina o artigo 459 do Código de Processo Civil.

Com efeito, em uma estrutura básica de uma ação de cobrança, onde se deduz pretensão condenatória, por exemplo, o autor apresenta sua petição inicial com pedido fundado em diversos argumentos, de direito e de fato. O pedido condenatório terá por fundamento uma situação fático-jurídica que confira ao postulante o direito subjetivo à tencionada prestação do devedor. Assim, deverá o autor afirmar ter celebrado um contrato (ou outra relação jurídica obrigacional) com o réu (causa de pedir remota), bem como o inadimplemento de alguma obrigação estipulada no contrato (causa de pedir próxima). Todavia, tais questões, embora sejam relevantes para o desate da causa, seu exame não constitui

24 Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. Malheiros, Vol. III, 2001, p. 514.

o objeto da pretensão deduzida pelo autor, que reside na condenação do réu a uma prestação.

Nessa medida, conforme pontua Marinoni²⁵,

“o que se pretende, no exemplo citado, não é o reconhecimento da existência de um contrato nem de que se trata de contrato de mútuo; o que se quer do Estado é sim a condenação do réu à restituição do valor demandado. Este é o pedido de tutela de direito, formulada pelo autor, sendo todo o restante mera ponte de acesso àquela pretensão. Atingida a resposta à pretensão (...), a ponte não mais interessa, tornando-se irrelevante para o direito (a não ser como elemento direcionador da resposta do Estado-juiz). A decisão uma vez pronunciada, destaca-se dos motivos utilizados para atingir a solução, tendo vida própria e sendo imutável, em virtude da coisa julgada. Por isso mesmo, como acentua CHIOVENDA, surge a ‘necessidade de manter a coisa julgada dentro dos limites da demanda e de distinguir no conhecimento as questões prejudiciais ou motivos sobre os quais o juiz se pronuncia incidenter tantum, isto é, ao só fim de preparar o pronunciamento, mesmo que per se não entrem em sua competência; e a demanda, na base da qual o pleito vem assinado para sua competência e sobre a qual provê principaliter, com autoridade de coisa julgada”.

Destarte, deverá o magistrado estadual oficial a autoridade central brasileira (Secretaria Especial de Direitos Humanos) a fim de elucidar se a situação em epígrafe desafia hipótese de sequestro internacional de criança. Em caso de resposta afirmativa, o processamento do feito será suspenso, na forma do artigo 265, inciso IV, do Código de Processo Civil, a fim de aguardar a solução preconizada para a pretensão deduzida por intermédio da demanda de busca e apreensão ajuizada perante o juízo federal.

25 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 154-155.